هذا

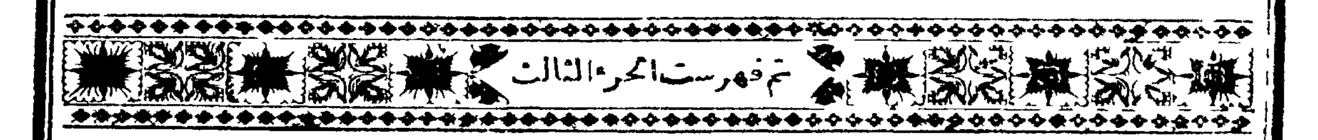
الجزء الثالث من حاشية العلامة السيد محمد
أبي السعود المصري الحنفي المسماة
بفتح الله المعين على شرح الكنز
للعلامة محمد منلا مسكين

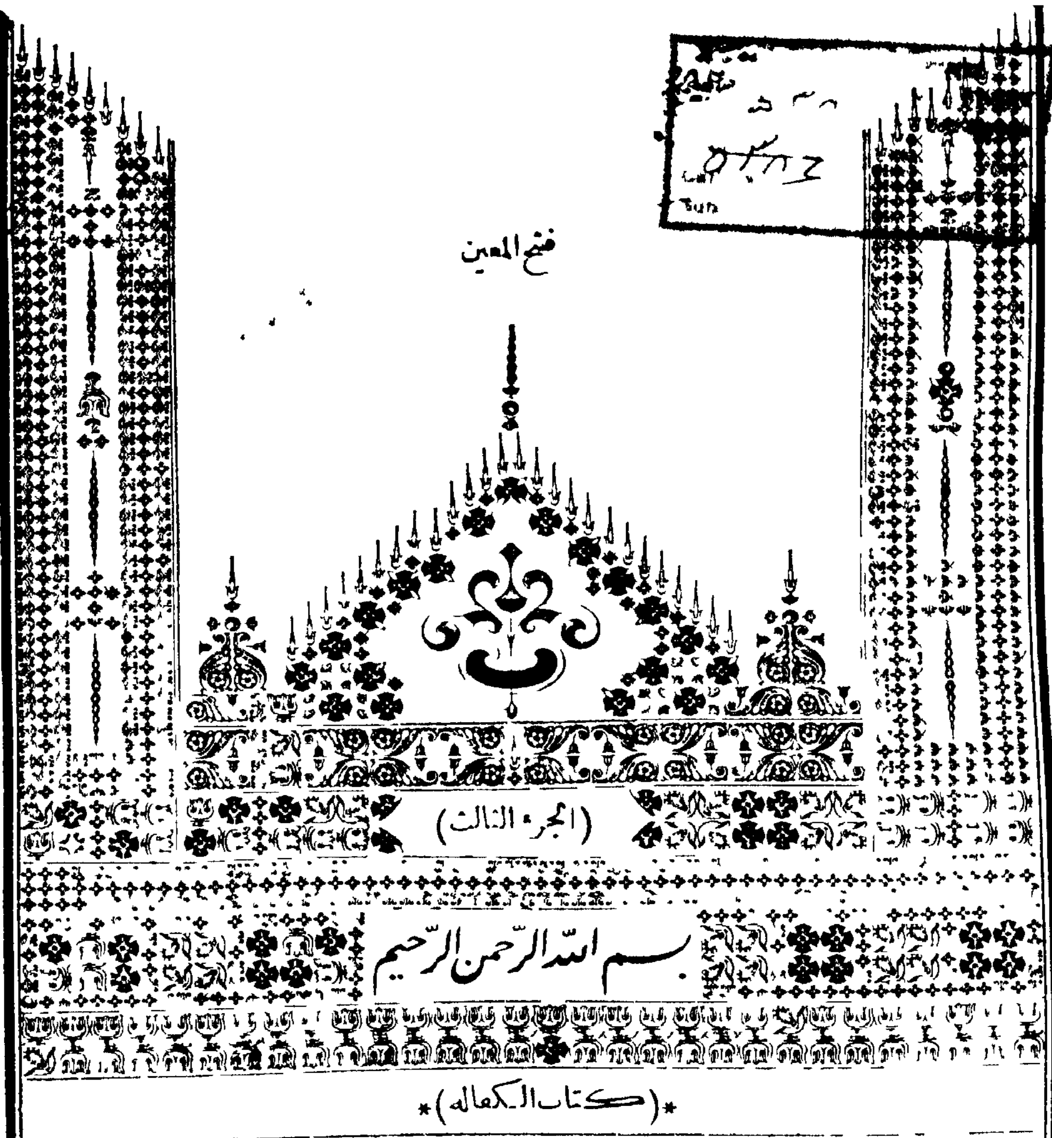
رحمهما الله
تعالى
آمين
م

فتح الله المعين ج ٢ و ٣

(فهرست الجزء الثالث من حاشية العلامة أبي السعود على منلا مسكين)

صحيفه


تم فهرست الجزء الثالث



(كتاب الكفالة)

المصباح كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة وحكى ابو زيد سماعا من العرب من باب تعب وقرب وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه اذا تحملت به ويتعدى الى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما اهـ (قوله غالبا) قيد به لانه قد لا يحصل بها الاستيفاء كلو مات الكفيل بالمال مفلسا حموي (قوله في الواجب بالسبب) وهو العقد حموي (قوله وهي في اللغة الضم) سواء كان متعلقه حسيا او معنويا قال تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه زيلعي وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها شيخنا عن العناية ووجدت بخطه ايضا ما نصه في قراءة شعبة عن عاصم وحمزة والكسائي وحفص بتشديد الفاء مع حذف الهمز من زكريا اهـ (قوله ضم ذمة) هي وصف شرعي به الاهلية لوجوب ماله وعليه نهر وفي المصباح وهو في ذمتي كذا أي في ضماني والجمع ذمم كسدرة وسدر اهـ وركنها الايجاب والقبول بالالفاظ الآتية عندهما وجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا بل قال انها تتم بالكفيل وحده موقوفة على اجازة الطالب وقيل نافذة وللطالب حق الرد وهو الاصح كما في الخانية أخذا من قوليه وأثر الخلاف يظهر فيما لو مات المكفول له من قال بالتوقف قبل القبول قال لا يؤاخذ الكفيل ومن قال بنفاذها يؤاخذه من له الحق كما في الزيلعي ودليلها الاجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم ومحاسنها جليلة فانها تفريج كرب الطالب والمطلوب ومع هذا فالامتناع اقرب الى الاحتياط لانه مكتوب في التوراة الزعامة اولها ملامة واوسطها

(كتاب الكفالة)
المناسبة بين الكتابين ان البيع
يوجب دينا في الذمة والكفالة
شرعت وثيقة لاستيفاء الدين غالبا
ولهما اسمية خاصة بالصرف لانه
ضم ذمة الى ذمة في الواجب بالسبب
والكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
وهي في اللغة الضم وفي الشرع (هي
ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة)
الاصيل

ندامة

ندامة وآخرها غرامة وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة وان يكون المكفول به يمكن الاستيفاء من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا تصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة يعني ويؤاخذ بها بعد العتق الا اذا اذن له المولى والصبي الا اذا استدان وليه لنفقته وأمره ان يكفل المال عنه فيصح لان الدين على الصبي فلم يكن متبرعا ويكون اذنا في الاداء درعن المحيط قال ومفاده ان الصبي يطالب بهذا المال كما يطالب الولي وكذا لا تصح من المكاتب ولو بالاذن ويؤاخذ به بعد العتق وتصح من المكاتب والمأذون الذي لا دين عليه عن المولى باذنه وكذا لا تصح من المريض الا من الثلث وان يكون المكفول عنه معلوما ويتفرع عليه ما ذكره في البحر لو كفل بما على واحد لم يصح واعلم ان التقييد في كلام الزيلعي بامكان الاستيفاء من الكفيل للاحتراز عن الكفالة بالحد والقود (قوله في المطالبة) لم يقل بالدين لانها كما تكون بالدين تكون بالنفس والاعيان المضمونة كالمغصوب والمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء كما سيأتي ومن عرفها بالضم في الدين انما اراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال وخصه لانه محل الخلاف كما في النهر وحينئذ لا يرد على التعريف الكفالة بالنفس كما توهمه السيد الحموي قال مع انهم قسموها بعد التعريف الى الكفالة بالنفس والكفالة بالمال ثم ان تقسيمهم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما مع انهم ذكروا ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال ولهذا اختار صاحب الدرر تعريفا صحيحا جامعا ولاجميع الاقسام صريحا فقال هي ضم ذمة الى ذمة في مطالبة النفس او المال او التسليم انتهى ويجاب بان التقسيم المشعر بانحصارها فيهما نظرا الى الكفالة لا ينافي ان فيها قسما آخر بالنظر لاحد الاقسام وهو الكفالة بالمال لتنوعها الى كفالة بالديون وكفالة بالاعيان الا ترى الى ما ذكره الزيلعي فقال وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتجوز الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هي امانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركات ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا أي لا بنفسها ولا بتسليمها وكفالة باعيان هي امانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح انتهى وبه يتضح انه لا يرد على التقسيم ما أورده السيد الحموي ويظهر ايضا عدم الحاجة الى ما زاده صاحب الدرر في التعريف على انه ليس في الكفالة بالنفس ضم ذمة الى ذمة فان الذمة لا تطلق في عرفهم الا على محل الدين كما ذكره عزمي (قوله وقيل في الدين) بدليل ان الطالب لو وهب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وصير ورة الدين الواحد دينين لا مانع منه شرعا بعد ان لا يستوفى الا احدهما كالغاصب وغاصب الغاصب والاول أصح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل وصحة الهبة والشراء يجعل الدين لواحد في حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله أي قبل الهبة والشراء وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما غير عين ولهذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر يلعي والثمرة تظهر فيما اذا حلف الكفيل ان لا دين عليه لا يحنث على الصحيح (قوله وتصح بالنفس) واطلاقه شامل لما اذا كانت الكفالة بأمره او بغير أمره للقدرة على تسليمه أما في الامر فلان الظاهر انه ينقاد له واما بغيره فلانه يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم نهر عن الفتح (قوله وان تعددت الكفالة) ما مشى عليه الشارح من جعله الضمير للكفالة هو الظاهر كما في النهر قال ويجوز عود الضمير الى النفس بان يكفل واحد نفوسا اه واعلم ان ما ذكره في النهر

قوله (المطالبة) دون الدين ويكون الدين باقيا في ذمة الاصيل كما كان وقيل في الدين وقال مالك يبرأ الاصيل وهو قول الشافعي فيصير الدين الواحد دينين (وتصح بالنفس وان تعددت) الكفالة حتى لو اخذ من رجل كفيلا

من ان الظاهر جعل الضمير للكفالة الخ الفه قول السيد الحموى فى الحاشية ويجوز أن يرجع للنفس بل هو الظاهر انتهى (قوله ثم أخذ منه كفيلا آخر الخ) ويجوز أن يكون المراد من تعدد الكفالة ما اذا كان للكفيل كفيل فلقوله وان تعددت ثلاثة أوجه (قوله وعنه انه لا يصح) لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير أمره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم ولم يفصل والمراد بالغرم الضرر قال تعالى ان عذابها كان غراما والتسليم ممكن ولو باعوان القاضى زيلعى (قوله حقيقة) أى لغوية حموى (قوله او عرفا) أى حقيقة فى العرف حموى (قوله كالنصف والثلث) لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها كذكر كلها عينى ولو أضاف الكفيل الجزء الى نفسه ككفلت لك نصفى أو ثلثى فانه لا يجوز كذا فى السراج لكن لو قيل بأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله وبضمنته) لانه تصريح بموجب الكفالة عينى (قوله وبعلىّ والىّ) لان الاول صيغة التزام ومن هنا افتى قارى الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة والثانى بمعناه ومنه قوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالىّ نهر (قوله وأنا زعيم به) لان الكفيل يسمى زعيما قال تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أى كفيل (قوله وقبيل به) أى كفيل يقال قبل قبالة بفتحها فى الماضى وكسرها فى المضارع ويسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان نهر (تتمة) الحالات الست هى الحياة والموت وغيبة المكفول عنه وحضوره والعسر واليسر شيخنا (قوله لا بانا ضامن لمعرفته) وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يرون به الكفالة كذا فى العينى وعبارة الزيلعى لانهم يريدون به الكفالة ولهما انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كأنه قال أو وقفك عليه وكذا لو قال أنا ضامن لان ادلك عليه او لان ادل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لمعرفته أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ قال الكمال والوجه اللزوم (قوله احضره فيه) لان التزامه بالشرط فى الكفالة فيجب عليه الوفاء به كالدين المؤجل اذا طالبه صاحبه عند حلول الاجل أو بعده عينى (قوله والا حبسه الحاكم) قال الزيلعى ينبغى أن يفصل كما فصل فى الحبس بالدين فان هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه ويأمره بدفع ما عليه لان الحبس دليل المماطلة ولم تظهر وان ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغى ان يفصل قال فى النهر وهو بحث موافق للمنقول ففى البزازية وغيرها اقر بالكفالة بالنفس أو ثبت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف لا يحبسه فيهما أوّل مرة وفى ظاهر الرواية كذلك فى الاقرار وأما فى البينة فيحبسه ولو اول مرة انتهى وهذا اذا لم يظهر عجزه ابتداء فان ظهر لا يحبسه لكنه لا يحول بينه وبين المكفيل فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله وفى التتارخانية لو اضربه ملازمته استوثق منه بكفيل وفى السراج كفل ثلاثة رجلا بنفسه كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئوا جميعا ولو متفرقة لم يبرأ الباقون انتهى (قوله امهله مدة الخ) هذا اذا لم يمتنع من السفر ولهذا قال فى النهر فان أبى حبسه من غير امهال كما فى البزازية وقيده فى التتارخانية بما اذا لم يكن بالطريق عذر الخ ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب فيضيع حقه زيلعى (قوله فان مضت ولم يحضره حبسه) لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه الا ان يظهر للقاضى عجزه بشهود اودلالة حال فيطلقه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل (قوله ولم يعلم مكانه) اما بتصديق الطالب أو ببينة اقامها الكفيل انه غاب غيبة لا تدرى وهل يلازمه ذكر السرخسى انه يلازمه وشيخ الاسلام انه لا يلازمه ولو اختلفا فان كانت له خرجة معروفة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه والا فللكفيل فان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا يؤمر بالذهاب اليه قال فى النهر ولم ار ما لو أقاما بينتين وينبغى ان تقدم بينة الطالب لان معها زيادة علم ولو ارتد ولحق بدار الحرب أمر الكفيل بالذهاب اليه ان كان بيننا وبينهم موادعة على انهم يردون من ارتد اليهم اذا طلبناه واللحاق وان كان موتا فهو حكمى فى حق ماله لا فى حق العباد والموادعة بتقديم الدال على العين كما فى الزيلعى والكافى

ثم اخذ منه كفيلا آخر بنفسه دهما كفيلان وبطالب صاحب الحق ايهما شاء أو الكل بدثم المعون بها احضار المكفول به وهو مذهب الشافعى (و) عنه انه لا يصح (الكفالة بنفسه وبما تصح بالنفس) حقيقة كالجسد عبر به عن البدن) والروح والوجه والنفس او عرفا كالرأس (و) بجزء شائع) كالنصف والثلث (و) بضمنته وبعلىّ والىّ وأنا زعيم به وقبيل به لا) أى لا يصح بقوله (انا ضامن لمعرفته) لانه لم يلتزم المضمون لك لانه بخلاف ما لو قال ضامن أو مال أو قال فلان اهو نفس فلان برضمنت فكان كفيلا فكا نهم اشتاى ست يكون كفيلا كذا فى الاصل (فان شرط) فى الكفالة تسليمه) أى المكفول عنه (فى وقت بعينه احضره فيه ان طلبه) (فان أحضره) المكفول له ما حضاره (وان لم يحضره فيه فيهما (والا) أى وان لم يحضره (حبسه) أى الكفيل (الحاكم فان غاب) المكفول عنه وعلم مكانه (امهله) الحاكم (مدة ذهابه وايابه (فان مضت) المدة التى امهله (ولم يحضره حبسه) الحاكم (وان غاب ولم يعلم) الكفيل (مكانه لا يطالب به) ولا يحبس (فان) احضره و(سلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر

وهو الاتفاق وفي العيني مواعدة بتقديم العين على الدال وكلاهما ظاهر (قوله برئ) سواء وقته فسلمه قبله أولا لانه أتى بما التزمه والتأجيل حق الكفيل وله اسقاطه نهر وسواء قال سلمته اليك بجهة الكفالة أولا ان كان بعد الطلب منه والا فلابد أن يقول ذلك عيني (سواء كان المصر الذي الخ) أي بشرط أن يكون للمصر قاض أو سلطان والا لا يبرأ كما في التتارخانية وبحث فيه في النهر بأنه اذا لم يكن له قاض أو سلطان فليس بمصر حينئذ (قوله وان سلمه في برية الخ) لعدم قدرة المكفول له على أن يخاصمه (قوله يسلمه ثمة في زماننا) وهذا قول زفر وبه يفتى لان الشرط مقيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه ومحل الخلاف ما اذا كان أهل البلد لا يطلقون الغريم من الطالب فان كانوا يطلقونه لا يبرأ بتسليمه في السوق اتفاقا ولو شرط تسليمه عند الامير او عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ نهر (تتمة) كفل الى ثلاثة أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال وبه يفتى ولو سلمه للحال برئ لان المدة لتأخير المطالبة ولو زادوا بريء بعد ذلك لم يصر كفيلا أصلا في ظاهر الرواية وهي الحيلة في كفالة لا تلزم درر وأشباه ولو كفل على انه بالخيار عشرة ايام أو اكثر صح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع تنوير وشرحه لكن في الشرنبلالية عن قاضيخان معزيا لشمس الائمة الحلواني قول أبي يوسف انه يطالب الكفيل في الايام الثلاثة ولا يطالب بعدها اشبه بعرف الناس الخ واعلم ان الاختلاف في كونه كفيلا بعد الثلاثة ام لا مقيد بما اذا لم يقل من اليوم ولهذا قال في الشرنبلالية واشار بحذف ذكر المبدأ واقتصاره على الغاية الى ما قال قاضيخان ولو قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام يصير كفيلا في الحال واذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا في قولهم لانه وقت الكفالة بعشرة أيام والكفالة مما تقبل التوقيت انتهى (قوله وفي المقدم لو سلم في السوق الخ) أي وفي الزمان المتقدم حموي فالشارح يشير الى ما في الواقعات الحسامية حيث جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر لان اكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع لغلبة الفسق قال في النهر وهو الظاهر اذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع ان زفر كان في ذلك الزمان (قوله وتبطل بموت المطلوب والكفيل) للعجز عن التسليم ومال الكفيل لا يصلح لقضاء الواجب عليه بخلاف الكفيل بالمال فان ماله يصلح للاداء نهر اطلق المطلوب فشمل العبد لكن في الخلاصة لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل ان المدعى به المال على العبد وان كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته بحر واقول ما عزاه في البحر الى الخلاصة سيأتي التصريح به في المتن من باب كفالة الرجلين ونصه ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل انتهى (قوله لا بموت الطالب) لان وصيه او وارثه يخلفه فلو ترك ورثة وسلمه الى بعضهم برئ منه خاصة وللباقين مطالبته باحضاره ولو سلمه لاحد الوصيين برئ بالنسبة اليه وللآخر مطالبته كذا في الينابيع وقد يشكل على هذا قولهم احد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر (قوله ولا يشترط قبول الطالب التسليم) الا اذا سلمه اجنبي فان قبول الطالب شرط وسيجيء (قوله يعني برئ بمجرد التخلية) هذا هو المراد من قولهم اذا سلمه بحكم الكفالة فأبى القبول يجبر عليه (قوله ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ) لانه قد يكون بحكم غير الكفالة على ما بينا عيني (قوله وبرئ بتسليم وكيل الكفيل ورسوله) لان فعلهما كفعله وشرط براءته ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة ولو سلمه اجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل لا ان سكت زيلعي ولو قال وبتسليم نائبه لكان اوجز وافود لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضا نهر عن التتارخانية (قوله فان قال رجل ان لي الخ) يلزم على هذا المزج حذف الفاعل وهو لا يجوز حذفه عند غير الكسائي الا في اربعة مواضع النائب عن الفاعل والاستثناء المفرغ وفاعل المصدر وفاعل افعل في التعجب بشرط عطفه على آخر متضمن لمثل المحذوف نحو اسمع بهم وابصر أي بهم فالصواب ان يكون الفاعل ضميرا

برئ) مطلقا عنده سواء كان المصر الذي كفل فيه أو مصر آخر وعندهما ان سلمه في المصر الذي كفله فيه برئ والا لا وان سلمه في برية اوسواد لا يبرأ (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة) في زماننا وفي المتقدم لو سلم في السوق برئ (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) وهو المكفول عنه (والكفيل لا) بموت (الطالب) اي المكفول له بخلاف الكفالة بالمال فانها لا تبطل بالموت (وبرئ) الكفيل (بدفعه اليه وان لم يقل) الكفيل للمكفول له (اذا دفعته اليك فانا برئ) ولا يشترط قبول الطالب التسليم يعني برئ بمجرد التخلية بينه وبين المكفول به نفسه من (و) برئ (بتسليم المطلوب نفسه الى الطالب من كفالته) بان قال سلمت نفسي اليك عن الكفيل ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ كذا في الفتاوى الخانية (و) برئ (بتسليم وكيل الكفيل ورسوله فان قال) رجل ان لي مائة درهم على آخر فقال له رجل

يعود على الكفيل كما في غيره من الشروح وهذه الصورة غير الصورة الآتية لان الكفالة هنا على المطلوب وفى تلك بمال مطلق ومن ثم كانت هذه اتفاقية وتلك خلافية فمن ادّعى انها هي وألزم المصنف التكرار فقد وهم حموى قلت ويفرق بينهما من وجه آخر وهو ان تعليق الكفالة بالمال على عدم الموافاة به غدا صدر فى الصورة الاولى من الكفيل بنفسه لما علمت من ان الضمير المستتر فى قال يعود على الكفيل كما صرح به العيني بخلافه فى الصورة الثانية اذ لم يكن قبل وجود التعليق كفيلا اصلا يدل على ذلك قول المصنف فقال رجل الخ وان كان قوله ان لم اواف به غدا الخ متضمن للكفالتين معا (قوله ان لم أواف الخ) بخلاف ما اذا قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ثم وافاه به لم يلزمه المال لانه شرط للزومه ان يحسن اليه كما فى منية المفتي يعنى فكان تعليقا بغير المتعارف فلم تصح الكفالة بحر (قوله فلم يواف به) أي مع قدرته عليه فلو عجز لحبس او مرض لم يلزمه المال الا اذا عجز بموت المطلوب او جنونه ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب لانه منكر وحينئذ المال لازم على الكفيل ولو اختفى الطالب فلم يجده الكفيل نصب عنه القاضي وكيلا ولا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة تنوير وشرحه وقال فى النهر اختفى المكفول له فلم يجده الكفيل او اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت فالمتأخرون على ان القاضي ينصب وكيلا عن الغائب فى الكل الخ (قوله او مات المطلوب الخ) طولب بالفرق بين موت المطلوب وبين ما اذا ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت ثم لم يحضره لا يجب المال عليه لعدم بقاء الكفالة بالنفس وبالموت زالت ايضا واجيب بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه والانفساخ بالموت انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر على ضرورة اى تعديه الى الكفالة بالمال بهرستاني الفتح ولو مات الكفيل فوارثه بمنزلته ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال فى تركة الميت عيني (قوله تصح الكفالتان) أما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال واما الكفالة بالنفس فلانها كانت ثابتة قبل وجود المال عيني فلا تنتفي بوجودها الا ترى انه لو كفلها جملة واحدة صحت زيلعي (قوله خلافا للشافعي) اما الكفالة بالنفس فقد بيناه قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث رجوع الكفيل على المكفول عنه ان كفل بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه ابتداء الالتزام فلشبهها بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقها اصلا وباعتبار النذر يجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقها بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف زيلعي (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ذكر المائة ليس قيدا ولذا قال العيني ولا فرق بين ان يبين ... بينها بان قال لى عليك حق ولم يدع مالا مقدرا فقال رجل آخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل انتهى (قوله فعليه المائة) التي بينها المدعي بالبينة او باقرار المدعى عليه وكلام السراج يفيد اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال نهر ودرر (قوله سواء بين صفتها الخ) صريح فى ان عدم الصحة عند محمد لعدم صحة الدعوى بناء على ما ذكره الكرخي فى توجيه مذهب محمد من ان المدعي لما لم يبين لم تسمع دعواه ولم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ووجهه أبو منصور الماتريدي بان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التى لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به وهذا يوجب ان لا تصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذى اوجب البطلان كما فى الزيلعي وعلم ان الزيلعي ذكر ان المراد بعدم

بيان

(ان لم أواف به ...) اى ان لم آت بالمكفول عنه ... فادى ... (الكفيل) أو (مات المطلوب) أى المكفول عنه قبل مضى الغد (ضمن) الكفيل (المال) خلافا للشافعي ... الكفالتان (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال) له (رجل ان لم أواف به غدا فعليه المائة) ولم ... فعليه المائة مطلقا سواء بين صفتها أو لم يبين ذلك وجه ... لدعوى

بيان المائة عدم ذكر المقدار بان ادعى حقا ولم يبين قدره وهو مخالف لما ذكره الشارح لاقتضائه ان المراد
من عدم بيانها عدم ذكر وصفها ككونها جيدة او رديئة ولا فرق بينهما في الحكم وهذا ذكر في النهاية
جميع ما في الجامع الصغير (قوله وقال محمد الخ) [illegible] هذه كفالة [illegible] امكن تصحيحها فيصح اما [illegible]
المال عند الدعوى فلان المال لم يذكر معرفا بل منكرا [illegible] الى ما على المدعى عليه وما [illegible] الدعوى صحت
بالابهام في الدعاوى [illegible] الا بعد القاضي [illegible] الحكم فاذا بين انصرف بيانه الى
ابتداء الدعوى فظهر انه [illegible] فصحت [illegible] بالمال [illegible]
ولانه لو جعل التزاما ما عليه [illegible] ولو كفل رجل بنفس رجل على انه
ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما لفلان [illegible] لان آخر جاز ذلك استحسانا [illegible] زيلعي ولو [illegible] في التعليل على
قوله لانه لو جعل التزاما ما عليه [illegible] اولى لما في النهر من ان [illegible] ذكره في عبارة الجامع
بل منكرا وكذا في المبسوط وغيره (قوله ولا جبر على الكفالة بالنفس في حد الخ) اى في دعوى
حد وقود لان الكفالة بنفسهما لا تجوز اجماعا [illegible] استيفاؤهما [illegible] الكفيل [illegible] حد السرقة وحد
القذف على المذهبين وحد القصاص لانه في القتل والجراحة [illegible] بالكفالة اجماعا لان
الموجب هو المال نهر [illegible] لالحاق ما ذكره الزيلعي من ان الدعوى شرط فيه كحد القذف والقصاص
(قوله وبعدهما تجبر) لان حد القذف يشتمل على حق العبد والقصاص خالص حق العباد [illegible]
قوله عليه السلام لا كفالة في حد [illegible] الحبس وغيره من العقوبة
[illegible] فان اذن له دخل معه وان لم يأذن
منعه من الدخول [illegible] في باب الدار [illegible] الخروج من موضع [illegible]
لصاحب الهداية [illegible] قوله عليه السلام لا كفالة في حد [illegible] في غاية البيان [illegible]
النهر [illegible] القصاص خالص
حق العباد موافق لما في الدرر [illegible] في النهر حيث ذكر ان المغلب فيه حق العبد (قوله في حد
القذف والقصاص) لان الدعوى شرط [illegible] والمدعى يحتاج ان يجمع بين شهوده [illegible]
المطلوب بنفسه فيستوثق بالكفيل [illegible] بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط زيلعي (قوله لان في
التعزير يجوز) الظاهر [illegible] لان في التعزير [illegible] في حقوق العباد (قوله ولو اعطى الكفيل
الخ) بان سمحت به نفسه من غير طلب [illegible] (قوله حتى يشهد مستوران او عدل) لان الحبس لتهمة
الفساد وشهادة المستورين [illegible] لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات
فثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه السلام
حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة ولا يثبت الا بحجة
تامة زيلعي (قوله وبالمال) عطف على قوله بالنفس [illegible] الاصيل [illegible]
اولا فتصح عن العبد [illegible] بعد العتق [illegible]
القاضي [illegible] الاصيل [illegible] نهر [illegible] الشارح [illegible] قوله
[illegible] (قوله ولو مجهولا) لانها على التوسع واجمعوا على [illegible]
بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع نهر (قوله ومنه احتراز عن بدل الكتابة) لانه يسقط بدونها
بالتعجيز [illegible] لانه لا يسقط [illegible] وكانه الحق ببدل
الكتابة وكذا لا تصح الكفالة بالدية على من دخل في [illegible] لسقوطه بدونها وكذا دين الزكاة لانه ليس
دينا حقيقة من كل وجه [illegible] من تركته وكذا الدين المشترك اذا كفل احد الشريكين لصاحبه
حصته لتعذر تصحيحه [illegible] قسمة الدين [illegible] لا تجوز [illegible]
وكذا الجزية لسقوطها [illegible] بدل العتق فاذا اعتق عبده على مال

وقال محمد ان ادعاها ولم يبين [illegible] لزمه مائة دينار ثم ادعى بعد ذلك [illegible] كفل له بمائة دينار على الكفالة (ولا جبر على الكفالة [illegible]) اى لا جبر على [illegible] بالنفس [illegible] حد قذف او لا [illegible] سواء كان الحد حد القذف [illegible] والقصاص [illegible] القاضي [illegible] في التعزير يجوز [illegible] الكفالة [illegible] (ولا [illegible]) بشهادة شاهدين (عدل) [illegible] بالعدالة [illegible] القصاص [illegible] في الحبس [illegible] (و) بالمال (ولو) [illegible] كان المال [illegible] دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء [illegible]

فكفل به رجل جاز بحر عن البزازية وتصح الكفالة بالنفقة مطلقا وان لم تكن مقدرة خلافا لما في الدر عن الاشباه من التقييد بالمقررة مع انها تسقط بغير الاداء والابراء فغير المقررة تسقط بمضي شهر فاكثر والمقررة بالموت والطلاق فكأنهم اخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس فان قلت ما في الاشباه من التقييد موافق لما في النهر حيث ذكر ان الكفالة بالنفقة قبل القضاء بها والرضا لا يصح معللا بانها لا تصير دينا الا بهما قال وبدل الكتابة دين الا انه ضعيف فلا تصح الكفالة به فما ليس دينا اولى انتهى قلت قال شيخنا ما ذكره في النهر من عدم صحة الكفالة بها قبل القضاء او الرضاء محمول على انه كفل بها بعد ما سقطت بمضي الزمان بقرينة ما نص عليه هو في النفقات عن الفتح من صحة الكفالة بها سواء كانت مفروضة اولا ونقل شيخنا عن الخانية ما محصله ان الكفالة بها صحيحة مطلقا ولو قبل القضاء او الرضا قال شيخنا فقصر الصحة على التي قضي بها او تراضيا عليها كما ظن غير صواب (قوله بكفلت عنه) نبه بذلك على انه لا بد ان يأتي بصيغة تدل على الالتزام كما مثل ومن ذلك ضمنت بخلاف ما لو قال دينك الذي على فلان انا ادفعه اليك انا اسلمه انا اقبضه لا يصير كفيلا لان المواعيد لا تلزم الا باكتساب صور التعاليق والى كعلى وكذا عندا اذا اضيفت الى الدين بلا فرق بين التعليق وغيره خلافا لما في البحر كلا تطالبه مالك عندي نهر (تتمة) كل لفظ يدل على اللزوم كالكفالة كقوله على ما عليه او على ان أؤدي ما عليه او التزمت لك بما عليه وقبل الطالب شيخنا عن فتاوى قارى الهداية (قوله أو بما لك عليه) كذا ببعض مالك عليه ويلزمه ان يبين اى مقدار شاء نهر عن الفتح (قوله أو بما يدركك الخ) فاذا استحق كان للمشتري ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء نهر عن السراج قال وفي البزازية ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس والدرك بفتح الراء وسكونها التبعة (تتمة) استحق بعض المبيع ثبت للمشتري خيار فسخ العقد في الكل وحينئذ يضمن الكفيل قدر ثمن المستحق لا تمام الثمن ذكره في العمادية حموي عن البرجندي (قوله وما بايعت فلانا الخ) اى ما بعت منه فاني ضامن لثمنه لا ما اشتريته منه فاني ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتي وما في هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون في معنى التعليق درر لكن ليست ما كان في عدم العموم قال في المبسوط وكلمة ما في ما بايعت فلانا عامة لان حرف ما يوجب العموم فاذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وما بايعه مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ويستوي في ذلك ان يبيعه بالنقد وغيره بخلاف ما لو قال اذا او متى او ان اذ لا يلزمه الا الاول اه ما في الشرنبلالية واقول ما ذكره الشرنبلالي من جعل ما للعموم جرى عليه القهستاني لكنه ضعيف ولهذا حكاه في الدرر بقيل وكذا كلام العيني يفيد ترجيح ان لفظة ما لا تفيد العموم ونصه وفي المجرد قال أبو حنيفة لو قال ما بايعت فلانا فعلي فبايعه مرة بعد مرة يلزمه أول مرة ولا يلزمه ما بعده وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله انتهى (قوله وما ذاب) هو ماض اريد به المستقبل فيكون كفالة بمال يجب على الاصيل بعد عقد الكفالة لا قبله حتى لو كان المال واجبا قبل الكفالة لا يجب على الكفيل حموي عن الكاكي (قوله وما غصبك فلان فعلي) بخلاف ما غصبك الناس أو من غصبك من الناس او بايعك او قتلك او من غصبته او قتلته فانا كفيله فانه باطل كقوله ما غصبك اهل هذه الدار فانا ضامنه فانه باطل حتى يسمي انسانا بعينه درر لكن في المفتاح عن شيخ الاسلام في شرح الجامع قال لغيره اسلك هذا فان اخذ احد مالك فانا ضامن كان الضمان صحيحا مع ان المضمون عنه مجهول حموي واقول صحة الضمان لا من حيثية صحة الكفالة بل من حيثية كونه غره بدليل ما في الاشباه من كتاب الكفالة حيث قال الغرور لا يوجب الرجوع فلو قال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فأخذه اللصوص لا يضمن الا اذا كان الغرور بالشرط أو كان ضمن عقد معاوضة الخ ولا شك انه في مسئلة المفتاح وجد الغرور بالشرط ولو غصب منه

(بكفلت عنه بألف وبمالك عليه أو بما يدركك في هذا البيع أو وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب) اى وجب (لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي وطالب الكفيل أو المديون)

عقارا

عقارا وأتلفه لا ضمان على الكفيل لعدم تحقق الغصب ولو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز خلافا لمحمد بناء على تحقق غصب العقار عنده اما لو قال لجماعة حاضرين بايعوه فعلى فانه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل نهر وفيه عن البزازية بايع فلانا فما اصابك من خسران فعلى لا يصح ويصح الرجوع عن الكفالة قبل المبايعة اذا نهاه عن مبايعته كما في المبسوط بخلاف الكفالة بالذوب حيث لا يصح الرجوع عنها قبله وظاهر ما في الولوالجية ان نهيه عن المبايعة ليس بشرط والفرق ان قوله ما بايعت فلانا الخ مبنى على الامر دلالة كأنه قال بايعه والامر غير لازم والمبنى على غير اللازم ليس بلازم بخلاف الكفالة بالذوب فانها غير مبنية على ما ليس بلازم بحر (قوله او طالبهما) اشار الى ان مطالبتهما لا تفهم من كلام المصنف وانه لو قال وطالبهما لافاده وعلم منه ان له مطالبة احدهما بالاولى ولا غناه ذلك عن قوله بعد ولو طالب احدهما كان له ان يطالب الآخر وهذا اذا كان الدين حالا عليهما اما اذا كان حالا على أحدهما فقط اقتصر الطلب عليه نهر (قوله كما ان الحوالة الخ) نظيره الوصاية حال الحياة وكالة والوكالة بعد الموت وصاية فان قلت قد قالوا ان العارية مدة معينة باجرة اجارة والاجارة بغير اجر ليست اعارة بل اجارة فاسدة قلت انما لم تكن اعارة لان الاجارة تفيد العوض والعارية تنعدمه فلم تستعمر الاجارة للاعارة نهر (قوله له ان يطالب الآخر) بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء زيلعي (قوله كان استحق المبيع) او جحدك المودع فأنا ضامن او قتلك او قتل ابنك فلان خطأ فعلى الدية ورضى به المكفول له فهو جائز در عن النهر قال بخلاف ان اكلك سبع انتهى لان السبع ليس بأهل لان يكفل عنه ولان فعله هدر كذا بخط شيخنا (قوله ولنفسه) فيه نظر فان الكفالة بنفس المبيع باطلة اذا كان البيع صحيحا اما اذا كان فاسدا فتصح الكفالة بنفس المبيع وحمل البيع هنا على انه فاسد بعيد كما لا يخفى حموى واقول نقل شيخنا عن الاختيار عند قول الشارح فيما سيأتي اى بطل الكفالة بنفس مبيع في البيع الصحيح ما نصه وقيل يصح وهو الاصح ويبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده اه (قوله او لامكان الاستيفاء) فان الكفيل اذا سلم المكفول عنه كان استيفاء لغائب ممكنا وان لم يبرأ به الكفيل لكون الكفالة بالمال (قوله وهو مكفول عنه) او مضارب به او مودعه او غاصبه لان قدومه وسيلة للاداء در (قوله فانا ضامن) أي لك المال الذي على فلان لما تقدم انه لا يصير كفيلا بأنا ضامن للحموى (قوله ان هبت الريح) او ان دخلت الدار او قدم فلان وهو غير مكفول عنه مما ليس ملائما نهر (قوله ولكن تصح الكفالة ويجب المال حالا) هكذا وقع في الهداية والكافي قال الزيلعي وهو سهو ولا يخفى ان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزم المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه ذكره قاضيخان وغيره والثابت في اكثر النسخ ولا يصح بنحو ان هبت الريح او جاء المطر وان جعلا اجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا ويجاب بما في النهر من حمل التعليق على التأجيل بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وصورة جعلهما اجلا ان يقول كفلت به او بمالك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر (قوله لتناول النفس والمال) او لو الكفالة بتسليم المال حموى (قوله فبرهن) أي على الاصيل او على الكفيل عند غيبة الاصيل ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب نهر عن الخانية وان لم يبرهن لا يجب عليه شئ لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة زيلعي (قوله يعنى القول قول الكفيل) لانه منكر للزيادة التي يدعيها الطالب عليه (قوله مع يمينه) على العلم بانك لا تعلم ان اكثر من هذا واجب على الاصيل لا على البتات لان الحلف انما يجب على الغير ليس الا على العلم حموى وينبغي ان يقيد بما لو قدر ما يكفل به عادة حتى لو قربان له الف درهم لم يقبل منه نهر (قوله ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) لانه اقرار على الغير ويصدق

او طالبهما اى اذا صحت الكفالة فالمكفول له بالخيار ان شاء طالب الكفيل به وان شاء طالب المديون وقال مالك يبرأ المديون (الا) أى فهو غير الا (اذا شرط البراءة) عن المديون (فحينئذ تكون حوالة) فيبرأ المديون (كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة) فحينئذ يخير أيضا (ولو طالب احدهما) ولم يأخذ المال (له ان يطالب الآخر) وله ان يطالبهما (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) لها (كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) فأنا ضامن لثمنه أو لنفسه (أو لامكان الاستيفاء) أى لامكان تسليم المكفول عنه عطف على قوله وجوب الحق واللام فيه مقدرة لان الاضافة بمعنى اللام أى كشرط لوجوب الحق (كان قدم زيد وهو) أى زيد (مكفول عنه او لتعذره) أى لتعذر الاستيفاء (كان غاب عن المصر) فانا ضامن (ولا) يصح تعليق الكفالة (بنحو ان هبت الريح) فانا ضامن (و) لكن (لو جعل اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا) ولو قال ويجب عليه ما تكفل به لتناول النفس والمال لكان اولى (فان كفل بمالك عليه) بان قال كفلت بمالك عليه (فبرهن) المكفول له (على الف بعد) وان لم يبرهن (صدق الكفيل) يعنى القول قول الكفيل (فيما يقر به مع يمينه على العلم (ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) أى ان قال المكفول عنه لي ألف وانكر الكفيل صحت الكفالة ولا يثبت للمكفول له لا يجب له على الكفيل الف

المطلوب فى حق نفسه كالمريض اذا اقر بدين برد اقراره فى حق غرماء الصحة و يقبل فى حق نفسه حتى اذا فضل شئ كان للمقر له زيلعى وقوله ينفذ ضبطه العينى بالتشديد وليس بمتعين نهر (قوله وانما يجب ما أقر به) لان الكفالة بما له عليه كفالة بالدين القائم فى الحال نهر (قوله لان الذوب يستعمل فيه عرفا) والوجوب يثبت باقرار المطلوب نهر (قوله فان كفل بامره رجع) معنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عنى او على بحر عن الخانية فلو تجرد عنهما لم يرجع لجواز ان يكون القصد طلب التبرع الا اذا كان المأمور خليطا والخليط هو الذى يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه و وضع الدراهم عنده والاستجرار منه بحر ايضا عن الفتح وظاهره عدم اشتراط كونه من العيال لكن فى الشرنبلالية عن الاصل والخليط هو الذى يكون فى عياله كالوالد والولد والزوجة وابن الاخ فى عياله او اجيره او شريكه شركة عنان انتهى وأطلق فى الامر وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبى والعبد المحجور عليه لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه وأما الصبى فلا رجوع عليه مطلقا ولو باذن وليه بخلاف المأذون لهما لصحة أمرهما وان لم يكن اهلا لها كذا فى البحر أى وان لم يكن كل منهما أهلا للكفالة لكونها تبرعا كما فى الزيلعى وأطلق فى الرجوع فعم ما لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى بها فبرهن المدعى عليها بالامر وقضى بها على الكفيل وأدى فانه يرجع وان كان متناقضا لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه خلافا لزفر بحر أيضا عن تلخيص الجامع الكبير وقد طولب بالفرق بين الامر بالكفالة وما اذا قال ادّ عنى زكاة مالى او اطعم عنى عشرة مساكين لا يرجع ما لم يقل على أنى ضامن وحاصل الفرق ان الامر فى الكفالة يتضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عنى وفى قضاء الزكاة والكفارة يتضمن طلب اتهاب وكذا لا يرجع فى الامر بالهبة او التعويض عنها أو الاقراض او الحج او العتق عن كفارته ولو قال عنى او على الا اذا قال على انى ضامن نهر عن الخانية وفيه عنها المسلم الاسير اذا اشتراه رجل بغير أمره يكون متطوعا و بأمره كذلك فى القياس وفى الاستحسان يرجع وان لم يقل على ان ترجع على وعلى هذا لو قال أنفق من مالك على عيالى او بناء دارى فأنفق يرجع وكذا لو أمره ان يقضى دينه ولم يقل على ان ترجع على ولا على أنى ضامن رجع على كل حال انتهى وفيه عن الجمع اذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الاب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع فى نصيب الابن لانه كفالة بامر الصبى حكما لثبوت الولاية فلو أدى بنفسه فان اشهد رجع والا لا انتهى (تتمة) أدى بكفالة فاسدة يرجع كصحيحة كما لو كفل ببدل الكتابة وأدى على ظن انه يجبر على ذلك در عن جامع الفصولين ومصنف التنوير فهذه تستثنى من قولهم لا عبرة بالظن البين خطأه (قوله بما ادى) يشير الى ما ذكره العينى من انه اذا صالحه على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى الا اذا صالحه على ان يهبه الباقى ففعل حينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء و بعضه بالهبة انتهى (قوله رجع بمثل ماضمن) لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهى جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل اليه الدين بمقتضى الهبة ضرورة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردأ من الدين وان أدى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما ادى ما لم يخالف أمره بالزيادة او بأداء جنس آخر عينى (قوله وان كفل بغير أمره لم يرجع) لتبرعه الا اذا أجاز فى المجلس فيرجع وحيلة الرجوع بلا امر ان يهبه الطالب الدين و يوكله بقبضه در عن الولوالجية والعمادية وما فى الدرر من قوله و بدون أمره لم يرجع وان أجاز بعد العلم أى اجاز بعد المجلس وفى قوله بعد العلم اشارة اليه وكذا لا يرجع اذا دفع المكفول به قبل وجوبه على الاصيل كما اذا كفل عن المستأجر بالاجرة فدفعها قبل الوجوب لا رجوع له بحر (قوله قبل ان يؤدى عنه) لانه التزم المطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء لانه من الموكل بمنزلة البائع من

المشترى

وانما ... به بخلاف ما اذا قال ماذا بك ... فلان فعلى يقال المطلوب لك على الف درهم وقال الطالب لا بل الفان ولا بينة له فهذا القول الكفيل مالك عليه شئ وقد كفل بما قول المطلوب لا بدعة ... لان الذوب يجب عليه فى المستقبل كذا فى الاصل يستعمل فيه عرفا (وتدفع الكفالة بامر المكفول عنه وبغير أمره فان كفل بامره رجع بما أدى عليه) الكفيل بعد ما أدى ما ضمنه وان أدى خلافه أى اذا أدى ما ضمن لا بما أدى حتى لو كفل رجل بدراهم جياد واعطى عن رجل زيوفا رجع بمثل ما ضمن على الاصيل (وان كفل بغير أمره لم يرجع) على الطالب (ولا الكفيل عليه شئ خلافا لمالك (وللطالب) الكفيل (الاصيل بالمال مطالبة) اى من ذمة قبل ان يؤدى عنه) الاصيل وهو المكفول عنه

المشترى عينى قال فى النهر وهو مبنى على ان الملك يقع للوكيل ابتداء لكن سيأتى ان الراجح انه يقع للموكل فلا يتم الفرق وفى الدرعن الخانية للكفيل أخذ رهن من الاصيل قبل ادائه (قوله فان لوزم لازمه) هذا اذا كفل بامره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا ملازمة ولا حبس درعن السراج وينبغى ان يقيد أيضا بما اذا كان المال حالا على الاصيل كالكفيل والا فليس له ملازمته وسيأتى بيان الحلول على الكفيل وحده كذا فى البحر والمحال عليه اذا لوزم او حبس وكانت الحوالة بالامر كالكفيل نهر (قوله فان حبس الكفيل حبس المكفول عنه أيضا) قيده فى الشرنبلالية بما اذا لم يكن من اصول الدائن فاذا كان المدين أصلا لا يحبس كفيله ولا يلزم لما يلزم من فعل ذلك بالاصيل وهو ممتنع انتهى وأقول فى دعوى اللزوم نظر بدليل مانقله شيخنا عن القهستانى ونصه وان حبس حبس هو المكفول عنه الا اذا كان كفيلا عن أحد الابوين او الجدين فانه ان حبس لم يحبسه به يشعر فضاء الخلاصة انتهى فهذا صريح فى ان حبس الكفيل لا يمتنع وان كان المدين من أصول رب الدين انما الممتنع حبس الاصيل فقط فلا يعول على مافى الشرنبلالية وان تبعه بعضهم لكونه مخالفا للمنقول (قوله وبرئ الكفيل باداء الاصيل) لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة بدون الدين زيلعى تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين يقول لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به امر حكمى فيسقط باداء واحد بحر (قوله ولو ابرأ الاصيل الخ) قيد بابرائه لان براءته لا توجب براءة الكفيل فلو ضمن له ألفا على فلان فبرهن فلان انه كان قضاها اياها قبل الكفالة برئ الاصيل دون الكفيل ولو بعدها برئا وبتأخيره لان تأخير المطالبة عن الاصيل لا بتأخير الطالب لا يسقطها عن الكفيل كما لو كفل بما يلزم العبد المحجور بعد عتقه نهر عن الخانية (قوله برئ الكفيل) بشرط قبول الاصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد وهل يعود الدين الى الكفيل أم لا خلاف نهر عن الفتح وفيه عن جامع الفصولين باع المديون بيع وفاء برئ كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة له انتهى أى باع المديون من رب الدين شيئا بالدين الذى تكفل به الكفيل بيع وفاء (قوله ولا ينعكس) لعدم تبعية الاصل للفرع در (قوله برئ هو) قيل أولا لان عليه المطالبة وبقاء الدين بدونها جائز ولا يتأخر الدين عليه بالتأخير عن الكفيل لانه ابراء موقت فيعتبر بالمؤبد وأورد ان المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده فما هذا الاعتبار وأجيب بان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل لا تمليك فيه اذ ليس عليه الا مجرد المطالبة وأما الموقت فتأخير مطالبة لا اسقاط نهر ولو وهب الدين له ان كان غنيا او تصدق به عليه ان كان فقيرا يشترط القبول وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين فى الجملة وبعد الهبة أو الصدقة للكفيل الرجوع على الاصيل درر بقليل زيادة بخط شيخنا والحاصل كما فى الشرنبلالية ان الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف فى الابراء لا يحتاج الى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفى الاصيل يتفق حكم ابرائه والهبة والصدقة فيحتاج الى القبول فى الكل انتهى (قوله فانه يتأجل عن الاصيل أيضا) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين ولو أدى الكفيل قبل حلول الاجل لا يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل ولو حل على احدهما بموته لا يحل على الآخر ولو ما تأخر الطالب ولو طالبه فقال صبر حتى يجئ الاصيل فقال لا تعلق لى عليه انما تعلقى عليك هل يبرأ قيل نعم وقيل لا وهو المختار در (قوله برئا) أما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه يبرأ بالصلح وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فيبرأ الاصيل ضرورة وهذه المسئلة على أربعة اوجه اما ان يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل فكذلك او لم يشترط شئ فكذلك أو شرط ان يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل عينى فيرجع الكفيل عليه بخمسمائة ان

(فان لوزم) الكفيل بالمال (لازمه)
(وان حبس) حبسه حتى يخلصه فان حبس الكفيل
حبس المكفول عنه أيضا (وبرئ)
الكفيل (باداء الاصيل) المال (ولو ابرأ)
رب المال (الاصيل) عن الدين
(أو اخر) الطالب المطالبة (عنه)
أى عن الاصيل (برئ الكفيل
وتأخر) عنه أيضا فهو لف ونشر
الاول بالاول والثانى بالثانى (ولا
ينعكس) أى لو أبرأ الكفيل برئ
هو لا الاصيل وكذا لو أخر عن
الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل
فيطالب الاصيل فى الصورتين وهذا
اذا كان التأخير بعدما كفل حالا اما
لو كفل بالمال مؤجلا الى شهر فانه
يتأجل عن الاصيل أيضا (ولو صالح
احدهما) مضافا الى ما اذا كان كفيلا او
اصيلا (رب المال عن الالف على نصفه
برئا) عن خمسمائة الاخرى فلا
يرجع الكفيل الا بنصف الالف
على الاصيل لما صالح

كانت بامره والطالب بخمسمائة نهر (تتمة) صالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل خانية قال فى البحر وهو باطلاقه شامل للكفالة بالمال والنفس انتهى قال شيخنا وهذا يفيد بقاء الكفالة (قوله بخلاف ما اذا صالح الخ) لانه مبادلة فملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكل ما عليه درر (قوله اقرار بالايفاء) لان البراءة التى يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء منه فصار كانه قال دفعت الى فلا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل زيلعى (قوله أو ابرأتك) سياق كلام الشارح يقتضى الاتفاق على عدم الرجوع فى ابرأتك وبه صرح فى البحر وكذا قوله أنت فى حل من المال بالاجماع لان لفظ الحل يستعمل فى البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض نهر (قوله لا يرجع) لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الى محتمل يحتمل انه برئ بابرائه و يحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك زيلعى (قوله وعند أبى يوسف يرجع فى برئت) لانه لا يحتمل الا الابراء بالقبض لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلى بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ زيلعى و فى النهر عن العناية واختاره صاحب الهداية وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى وهذا اذا غاب الطالب وان كان حاضرا يرجع اليه فى البيان لصدور الاجمال منه درر والظاهر انه فى لفظ الحل لا يرجع اليه فى البيان لظهور انه سامحه لا انه أخذ شيئا منه وفرق محمد بان العرف انه انما يكتب عليه ذلك اذا وجد الايفاء فجعلت الكتابة اقرارا ولا عرف عند الابراء لانه لا يكتب الصك عليه نهر والحوالة كالكفالة فى هذا بحر ولو كيل بالشراء اذا أبرأه البائع عن الثمن يرجع به على الموكل لملكه ما فى ذمته زيلعى (قوله وبطل تعليق الخ) لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط عينى (قوله وقيل يصح) لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا زيلعى ورجحه فى الفتح بان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق منه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا وظاهر ما فى الزيلعى وغيره ترجيح الاول لجزم المصنف به كغيره وحمل فى الدراية رواية الكتاب على ما اذا كان الشرط غير متعارف نهر والمراد من كونه شرطا غير متعارف ان لا يكون فيه للطالب نفع درر (قوله وبطل الكفالة بحد وقود) لانه لا يتحقق اذا أقيم على غير الجانى عينى (قوله معناه بنفس الحد) فان كفل بمن عليه الحد صح لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فتتحقق الصحة ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة بالنفس بها فى الحدود الخالصة لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص فى الفوائد الخبازية على بطلان الحدود التى يتمحض فيها حق الله كحد القذف نهر عن الفتح وشرح الهداية للعينى (قوله ومبيع) اعلم ان الاعيان اما مضمونة بنفسها وهى ما يجب قيمتها عند الهلاك أو بغيرها وهى ما لا يجب قيمتها أو امانة واذا عرفت فالكفالة بالاول تصح كما سيأتى ولا تصح بالثانى والثالث لفقد شرطها وهو ان يكون مضمونا على الاصيل لا يخرج منه الا بدفع عينه أو بدله والمبيع مضمون بالثمن والمرهون بالدين والثالث ظاهر نهر لكن قدمنا عن الاختيار ان الاصح صحة الكفالة بالمبيع فان هلك قبل القبض بطلت الكفالة للتعذر قبل الهلاك والعجز بعده (قوله ومرهون) سواء ضمنه للراهن أو للمرتهن بخرج عن جميع الفصولين (قوله وأمانة) لانها ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها لكن قال فى الفتح لوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الامانة اذ لا شك فى وجوب ردها عند الطلب غير انه فى الوديعة وأخويها يعنى الاعارة والاجارة يكون بالتخلية وفى غيرها بحمل المردود الى ربه نهر (قوله ولو كفل بتسليم المبيع الخ) لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه وان هلكت

العين

بخلاف ما اذا صالح الكفيل رب المال
على جنس آخر حيث يرجع بكل الالف
(وان قال الطالب للكفيل برئت)
حال كونك مؤديا (الى من المال) (رجع)
الذى كفلت به عن فلان (اذا كفل
الكفيل (على المطلوب) (وفى
بامره و) الا لا به اقرار بالايفاء
برئت او ابرأتك لا) يرجع وعند أبى
يوسف يرجع فى برئت (وبطل
تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)
بان قال الطالب للكفيل اذا قدم
زيد فأنت برئ من الكفالة وقيل
يصح (و) بطل (الكفالة بحد وقود)
معناه بنفس الحد والقود لا بنفس
من عليه الحد والقصاص (ومبيع)
اى بطل الكفالة بنفس مبيع فى
البيع الصحيح (ومرهون وأمانة)
كوديعة والمستعار ومال المضاربة
والشركة والمستأجر وعند أبى يوسف
وحمد العين فى يد الاجير المشترك
مضمون فتصح الكفالة بعد ردهما
ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض
او بتسليم الرهن بعد القبض الى
الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر
يصح

العين برئ الكفيل وقيل ان كان واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه في مجلس العقد وان كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لانه غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل وبهذا القيل جزم شراح الهداية نهر (قوله وصح لو ثمنا) لانه دين صحيح على المشتري الا ان يكون صبيا محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للاصيل در عن الخانية ولو ظهر فساد البيع رجع الكفيل على البائع أو المشتري ولو فسد بعد صحته رجع الكفيل على المشتري وهو على البائع نهر عن التتارخانية (قوله ومقبوضا على سوم الشراء) لانه مضمون عليه بالقيمة عيني وهذا اذا كان الثمن مسمى والا فهو أمانة كما مر نهر (قوله ومبيعا فاسدا) لانه مضمون بالقيمة عيني حتى اذا هلك عند القابض وجب الضمان على الكفيل ومما تصح الكفالة به من الاعيان بدل الصلح عن دم لو كان عمدا فان هلك قبل القبض فعليه قيمته ومنها المهر وبدل الخلع لان هذه الاشياء لا تبطل بهلاك العين بحر عن الخانية (قوله سواء كان المغصوب ثمنا الخ) لا محل لهذا هنا وانما محله بعد قوله ومغصوبا حموي (قوله وحمل دابة) عطف على بحد وكان الاولى ان يصله بالمعطوف عليه حموي (قوله أي لا تصح الكفالة بحمل دابة معينة) لانه عاجز عن الحمل عليها بتقدير هلاكها واذا كانت غير معينة تجوز لانه قادر على ذلك أي دابة شاء والحمل هو المستحق عليه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز للقدرة عليه عيني (قوله و بلا قبول الطالب الخ) لان فيها معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فتقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف واجمعوا انه لو قبل عنه قابل توقف واطلاق نفي الصحة بلا قبول الطالب غير صحيح نهر وزيلعي (قوله خلافا لابي يوسف) لانها التزام يستبد به الملتزم وفي النهر عن البزازية وعليه الفتوى ومثله في الدرر عن تلخيص الجامع الكبير لكن في الدر عن مصنف التنوير بالعز والى الطرسوسي الفتوى على قولهما (قوله فيهما) أي في الكفالة بالنفس وبالمال قال العيني والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل يشترط عنده القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز جاز انتهى (قوله تكفل عني) قيد به لانه لو تبرع الوارث بذلك بان ضمن ما عليه للغرماء في غيبتهم لم يصح نهر عن السراج (قوله وان كان القياس الخ) لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية درر (قوله وهذا التكفيل انما يصح الخ) وما في البحر من انه لا فائدة فيه لانا حيث شرطنا في صحتها وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال واذا لم يكن له مال لا تصح قد يدفع بأن فائدتها تظهر في تفريغ ذمته نهر (قوله قيل يجوز) لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته كذا بخط شيخنا (قوله وقيل لا يجوز) لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون التزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء كذا بخط شيخنا وفي النهر عن الفتح ان الصحة اوجه (قوله فيصح عندهما) لانه كفل بدين سابق لان الموت لا يوجب سقوطه وروي انه عليه الصلاة والسلام أتي بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء أو الابراء ولهذا يبقى في حكم الآخرة ولو لم يكن عليه دين لما جاز أخذه من المتبرع وكذا يبقى ان كان به كفيل أو ترك مالا زيلعي (قوله وعند أبي حنيفة لا يصح) لانه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يقال وجب عليه الدين أي اداؤه كما يقال وجبت عليه الصلاة والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه وقد عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه يبرئه في الآخرة زيلعي

(وصح الكفالة (لو) كان المكفول به (ثمنا) بان كفل عن المشتري بثمنه (ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا) حال كون المبيع (فاسدا) مطلقا سواء كان المغصوب ثمنا او عينا وقال الشافعي لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة (وحمل دابه) اي لا تصح الكفالة بحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد) معين (استؤجر للخدمة) وان كانت بغير عينها صحت الكفالة (و) بطلت الكفالة بالنفس والمال (بلا قبول الطالب في مجلس العقد) عندهما خلافا لابي يوسف فيهما (الا) اي لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له الا (ان يكفل وارث المريض عنه) صورته ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز استحسانا وان كان القياس على قولهما انه لا يجوز وهذا التكفيل انما يصح اذا كان للمريض مال وانما قيد بالوارث لانه لو قال لاجنبي تكفل فتكفل الاجنبي دينه قيل يجوز وقيل لا يجوز (وعن ميت مفلس) أي اذا مات المديون مفلسا فتكفل رجل عنه للغرماء فيصح عندهما وعند أبي حنيفة لا يصح والوارث وغيره سواء فيه

ولو كان به دين بعد موته صحت الكفالة به بان حفر بئرا على الطريق فتلف به شئ بعد موته لزمه ضمان المال في ماله وضمان النفس على عاقلته لثبوت الدين مستندا الى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة درعن البحر (قوله وبالثمن للموكل أو رب المال) أى اذا ضمن الوكيل بالبيع او المضارب الثمن للموكل اورب المال لم يصح أما فى كفالة الوكيل فلان حق القبض له فيكون ضامنا لنفسه وكذا فى كفالة المضارب بل هو اولى من الوكيل لان المضارب فى البيع أصيل ولهذا لا تبطل المضاربة بموت رب المال و بعزله فيكون ضامنا لنفسه واعلم ان كلامهم هنا يفيدان الوصى والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشترى لان حق القبض لهم بالاصالة ولهذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا والرسول يصح ضمانه والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام لانه سفير ومعبر وكذا الوكيل بالنكاح يصح ضمانه المهر لما قلنا (قوله بطل الضمان) لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشترى من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز زيلعى ولو أبدل المصنف قوله اذا بيع عبد صفقة بقوله بدين مشترك كما فى التنوير ليشمل ما اذا كانت الشركة فيه بغير البيع ولو بالارث لكان اولى (قوله صح الضمان) لان نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة عينى (قوله لانها اسم مشترك) تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فقد ضمن مالا يقدر عليه فلا يصح وتقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان عينى وظاهر كلامهم انه اذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح نهر عن البحر لا يقال ينبغى ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال زيلعى (قوله عند أبى حنيفة خلافا لهما) والخلاف مبنى على تفسيره فهما فسراه بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر وهذا ضمان الدرك فى المعنى وفسره الامام تخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه ولو ضمن تخليص المبيع أورد الثمن صح اجماعا لانه ضمن ما يمكن الوفاء به نهر (قوله ومال الكتابه) فيه لان بدل العتق تجوز الكفالة به كما قدمناه عن البحر لانه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدى الى التنافى وكذا اذا كان على المكاتب دين لرجل فكفل به انسان يجوز حموى ونقل عن كفالة الصغرى ان الكفالة ببدل الكتابة وان لم تصح لكن اذا أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى يعنى اذا كانت الكفالة بالامر وهذا مخالف لما قدمناه عن الدرمعز بالمصنف التنوير من انه لا يرجع الا اذا أدى على ظن انه مجبر على الاداء اللهم الا ان يحمل ما هنا على ذلك ايضا ثم نقل عن المفتاح معزيا للمبسوط ان تخصيص بدل الكتابة غير مفيد اذ كذلك تبطل الكفالة بدين آخر للمولى على المكاتب انتهى وأما بدل السعاية فقد قدمنا انه كبدل الكتابة عند الامام خلافا لهما

(فصل) قوله لا يسترد منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترد ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى زيلعى قال فى البحر سئلت هل يعمل نهيه عن ادائه فاجبت بانه ان كان كفيلا بالامر لم يعمل نهيه لانه لا يملك استرداده والا عمل وبهذا ظهر أن الكفالة توجب دينا للكفيل على الاصيل لكنه مؤجل الى وقت الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا او ابرأه اووهب منه الدين صح نهر عن النهاية واعلم ان عدم استرداده مقيد بما اذا لم يؤخره الطالب عن الاصيل أو الكفيل فان اخره له ان يسترده حموى عن المفتاح (قوله اوعلى وجه الرسالة) لانه تعلق به حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يتمكن منه ما لم يقض دينه عينى (قوله وما ربح الكفيل له) يعنى طاب له ما ربح فى المال الذى قبضه من المطلوب قبل ان يعطى هو للطالب لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو او الاصيل الا ان فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة الا انه لا يظهر مع الملك فيما لا يتعين كالدراهم وان قضى الكفيل فلا خبث بالاجماع عينى ونهر (قوله وندب رده) اذا قضى الاصيل الدين ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان

(و) بطل الكفالة (بالثمن للموكل أو رب المال) اذا باع رجل لرجل ثوبا بأمره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر أو باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثوب لرب المال لا يصح (وللشريك) أى بطل الكفالة بالثمن للشريك (اذا بيع عبد صفقة) أى اذا باعا عبدا من رجل صفقة واحدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان وانما قيد بقوله صفقة لانه لو باع كل منهما حصته بعقد ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان (و) بطل الكفالة (بالعهدة) أى ان اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لانها اسم مشترك (والخلاص) أى بطل الكفالة لو ضمن تخليص المبيع عند أبى حنيفة خلافا لهما (ومال الكتابة) أى اذا قال رجل للمولى أنا كفيل عن هذا المكاتب بمال كتابته لا يصح

(فصل ولو اعطى المطلوب الكفيل) ما ضمن مما لا يتعين كالدراهم أو مما يتعين كالبر (قبل ان يعطى الكفيل الطالب لا يسترد) المطلوب (منه) أى من الكفيل مطلقا سواء كان الدفع على وجه الاقتضاء او على وجه الرسالة فان اداه بنفسه قبل اداء الكفيل يسترد من الكفيل ما أخذ (وما ربح الكفيل) فى ذلك (له وندب رده) أى ربح المال (على المطلوب

والاشبه

لوكان) الربح (شيئا يتعين) ولا يجبر عليه في الحكم (على ملا مسكين) هذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقالا لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به هذا اذا دفع المال على وجه القضاء بأن قال له اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فانا قضيتك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب فانه لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما يتعين او مما لا يتعين عندهما خلافا لابي يوسف (ولو أمر) المكفول عنه (كفيله ان يتعين عليه) أي ان يشتري بطريق العينة (حريرا) وهو مكروه والعينة مشتقة من العين سمي بها لانه اعراض عن الدين الى العين لان صاحب المال عن القرض الى بيع العين قيل اياك والعينة فانها العينة وهي محرمة لمحل الربا والمراد بالعينة ان يأتي المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة دراهم فلا يقرضه قرضا حسنا طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر الى اجل ليبيعه في السوق بعشرة فيحصل له ربح درهمين (ففعل) واشترى حريرا وباع باقل مما اشترى (فالشراء للكفيل والربح عليه ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه) أي بما وجب للمكفول له على المكفول عنه (او) بما (قضى له عليه) فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل ان له) اي للطالب (على المطلوب الف لم يقبل) بينته على الكفيل حتى يحضر الغائب لان المكفول به مال مقضي عليه ولو قال الطالب اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف درهم وقضى بذلك عليه فصدقه الكفيل لا يثبت بذلك بحث الدعوى حتى لو انكر الكفيل دام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالف (ولو برهن) رجل على (ان له على زيد) الغائب (كذا و) برهن (ان هذا كفيل عنه بأمره

والاشبه انه يطيب له عيني (قوله لو كان الربح شيئا يتعين) صوابه لو كان المقبوض من المطلوب كما نص عليه الزيلعي والنهر والفيض وافاده العيني أيضا فقوله لو كان الذي اخذه شيئا يتعين (قوله ولا يجبر عليه في الحكم) لو اخره عن قوله هذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير لكان اولى دفعا للايهام (قوله في رواية الجامع الصغير) هي الاصح لان الخبث لحق المطلوب فاذا رده اليه وصل اليه حقه نهر (قوله وقالا لا يرده) لانه ربح في ملكه فيسلم له بحر (قوله على وجه القضاء الخ) فلو اطلق عند الدفع ولم يبين انه على وجه القضاء او الرسالة يقع عن القضاء كما في الشرنبلالية عن القنية وفرع عليه ان الربح يكون للكفيل عند الاطلاق (قوله سواء كان المدفوع مما يتعين او مما لا يتعين عندهما) لعدم الملك والخبث فيه يعمل فيما يتعين وما لا يتعين كذا بخط شيخنا وعلى هذا الخلاف المودع لو تصرف في الوديعة وربح نهر (قوله خلافا لابي يوسف) فيطيب له الربح لعدم التعيين واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة زيلعي واستدل ابو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان بحر (قوله وهو مكروه) يعني عندهما لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض حتى قال محمد هذا البيع في قلبي كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال العيني والمراد باتباع اذناب البقر الزراعة وقال ابو يوسف لا يكره لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا عليه حموي (قوله مشتقة من العين) بناء على القول بجواز الاشتقاق من اسماء الاعيان حموي (قوله سمي بها) أي هذا البيع بالعينة حموي (قوله والعينة) بكسر العين السلف واعين الرجل اشترى شيئا بنسيئة شيخنا عن الايضاح (قوله اياك والعينة الخ) اشد منها بياعات الحاكمة الآن كبيع العسل والزيت والشيرج ونحوها استقرار الحال على بيعها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين عن الظرف وبه يصير البيع فاسدا وهو في حكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة المختلف في كراهته نهر عن الفتح (قوله والمراد بالعينة الخ) كذا في الهداية وادعى في الفتح انه لا يتبع هذا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا ذهب فاقرض فان لم يرض المسؤول ان يقرضه فاشترى منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فلا يتم الجواب قول لم لا يجوز ان يكون المراد اعرض عن الدين الى العين حيث لم يتيسر ذلك (قوله فيقول لها ابيعك هذا الثوب الخ) وقيل هو ان يشتريه باكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه أي المشتري المديون تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وقيل هو ان يقرضه خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ خمسة عشرا لقرض التي دفعها اليه فلم يخرج منه الا عشرة قال في النهر عن الفتح والذي يقع في قلبي ان ما يخرجه الدافع ان فعل صورة يعود فيها اليه هو او بعضه كعود الثوب اليه في الصورة السابقة وكعود الخمسة في صورة اقراض الخمسة عشر فيكره يعني تحريما وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة كالصورة التي ذكرها الشارح فلا كراهة فيه الا خلاف الاولى انتهى قلت ما ذكره في الفتح يصلح ان يكون توفيقا بان يقال قول محمد بالكراهة يحمل على ما اذا عاد المدفوع كله او بعضه للتاجر وقول أبي يوسف بعدم الكراهة يحمل على ما اذا لم يعد اليه شيء منه وكذا الحديث يحمل على ما حمل عليه قول محمد فيسقط ما نسباه بعضهم لكن قال ابو يوسف بعدم الكراهة مع ورود الحديث المقتضي للزوم (قوله والربح عليه) أي الربح الذي ربحه التاجر على الكفيل ولا يلزم الآمر شيء لانه اما ضامن لما يخسر فلا قال بعضهم قوله ان ربحه على لا للوجوب فلا يجوز لان الضمان لا يكون الا لمضمون واما توكيل بالشراء فكذلك البعض فقال الامر به لا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه زيلعي وعيني والتعليل بالجهالة يفيد انه ينفذ على المأمور لكن لو كان نوع الحرير وثمنه مبينا بان صرح به (قوله بما ذاب الخ) المراد بذاب وقضى الاستقبال وان كان بصيغة الماضي حموي عن الكافي (قوله لم تقبل بينته على الكفيل) لانه لو قضى به لكان قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم والكفيل

قضى له به عليهما ولو) ادعى الكفالة (بلا امر قضى على الكفيل) فقط دون الاصيل ولا يرجع على المطلوب (وكفالة بالدرك تسليم) اى اذا باع دارا فكفل رجل للمشترى على البائع بما ادركه فيه من درك فكفالته بالدرك تسليم (للبيع) حتى لو ادعى الكفيل على المشترى ان الدار ملكه لا تسمع دعواه بعد ذلك (وشهادته وختمه لا) اى لو كتب شهادته على صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له تصح دعواه فلا تكون الشهادة بالختم تسليما واقرارا بان الملك للبائع اما لو شهد بالبيع عند القاضى وقضى بشهادته اولم يقض وادعى بعد ذلك فلا تصح دعواه واعلم ان الجواب المذكور فى الكتاب محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء اوكتب جرى البيع بشهودى او كتب اقر بالبيع والشراء عندى اما اذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان فى صك البيع باع فلان كذا وهو ملكه اوباع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فلا تصح دعواه اما اذا كان فى الصك باع فلان كذا واقر انه باع ملكه تصح دعواه بعد ذلك كذا فى شروح المبسوط والجامع الصغير قوله وختمه اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادة فى صك الشراء ختم فى آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة ولم يبق ذلك العرف فى زماننا (ومن ضمن عن آخر خراجه او رهن به) اى بالخراج (او ضمن نوائبه او قسمته صح) فى المغرب النائبة النازلة التى تصيب الانسان بحق ككرى نهر مشترك بينه وبين غيره

لا يصلح خصما هنا لانه انما تكفل بمال يقضى به بعد الكفالة حتى فى الكفالة بالذوب لما علم من انه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك اى يطيله لانه جعل الذوب شرطا والشرط لابد ان يكون مستقبلا على خطر الوجود قال فى البحر وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغى ان يكون على الرواية الصحيحة اما على اظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ (قوله قضى له به عليهما) اى على الحاضر والغائب لان المكفول به هنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به ودعوى المدعى مطلقة فصحت وقبلت البينة لابتنائها على صحة الدعوى بخلاف ما مر فان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة فلم تطابقها الدعوى ولا البينة نهر قال فى البحر وهذه حيلة اثبات الدين على الغائب والمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب واذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل فيبقى المال على الغائب (قوله قضى على الكفيل فقط) لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما تفيد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه الى غيره اما بالامر الثابت فتتضمن اقرار المطلوب بالمال اذ لا يامر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف فلهذا صار مقضيا عليه بخلافها بغير امره نهر (قوله وكفالته بالدرك تسليم) لان اقدامه اقرار بان البائع مالك وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك عينى (قوله ان الدار ملكه) او ادعى الشفعة او الاجارة عينى (قوله لا تسمع دعواه) لان المقصود ابرام البيع (قوله وختمه لا) ولم ار ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذى يجب ان يعول عليه اعتبار المكتوب فى الصك فان كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا والا لا نهر (قوله فلا تكون الشهادة والختم تسليما) اذ البيع يوجد من غير المالك وكتب الشهادة لحفظ الواقعة ولينظر حتى لو رأى فيه مصلحة اجازه قال فى البحر وقولهم هنا ان الشهادة لا تكون اقرارا بالملك يدل بالاولى على ان السكوت زمانا لا يمنع الدعوى وسيأتى تمامه فى مسائل شتى آخر الكتاب عند قوله باع عقارا وبعض اقاربه حاضر الخ انتهى لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبى ان حضوره مجلس البيع وسكوته بلا مانع مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير ويتعلق بهذا المقام فوائد ذكرناها صدر كتاب الاقرار (قوله فلا تصح دعواه) لان الشهادة به على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات زيلعى (قوله اما لو شهد بالبيع عند القاضى الخ) مثله فى الزيلعى واغفله فى الفتح والعناية وتبعهما فى البحر شيخنا (قوله خراجه) اى الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بان يوظف الامام كل سنة فى مال على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذى يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب فى الذمة فلم يكن فى معنى الدين وقرينة ارادة الموظف قوله او رهن به اذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف وصح الرهن به لانه كالكفالة بجامع التوثق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه زيلعى قال فى النهر ونقض فى البحر الكلية بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن قال الحموى وغير خاف ان هذا النقض لا يضر لما تقرران قضايا الفقهاء اغلبية لا كلية ومعنى كونها كلية انها ليست داخلة تحت شئ لا ان الكلية بمعنى الانطباق على كل فرد انتهى (قوله فلا تصح الكفالة بها) لانها شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه وفى النهر عن الخلاصة وعليه العامة وجعله العينى قول صدر الاسلام وما قيل من صحة الكفالة بها قول فخر الاسلام وذكر فى غاية البيان ان صدر الاسلام وفخر الاسلام اخوان كلاهما شرح الجامع الصغير (قوله وقال بعضهم تصح) لوجود المطالبة ولو بباطل قال صدر الشريعة وابن الكمال وعليه الفتوى وعلى هذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل كان مأجورا وقلما يكون ذلك ويرجع على المكفول عنه ان كان بأمره وان لم يشترط الرجوع وقيده شمس الائمة بما اذا كان طائعا فان كان مكرها لم يعتبر أمره فى الرجوع وفى البزازية قال

واما النوائب التى يطالب الانسان بغير حق كالجبايات فى زماننا فلا تصح الكفالة بها وقال بعضهم تصح القسمة قيل النائبة

لرجل

لرجل خلصنى من مصادرة الوالى اوقال الاسير ذلك نخلصه رجع بلاشرط على الصحيح در ونهر (قوله فيكون العطف للتفسير) فيه ان عطف التفسير من خصائص الواو حموى (قوله فيكون عطف الخاص على العام) فيه ان عطف الخاص على العام وعكسه من خصوصيات الواو وحتى كذا قيل وتعقب بأن العكس من خصائص الواو فقط (قوله فالقول للضامن) مع الحلف حموى بخلاف مااذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقرله فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقرله لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل فى الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلا على الاصيل وفى الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفى النوع القول للمقر لانه صفة الدين زيلعى قال والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة فى الحال ان اقران يقول للمدعى هذا الذى تدعيه من المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه فى الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق ولا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلى اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد اتواء حقه انتهى (قوله حتى يقضى له بالثمن) على البائع لان الثمن لا يخرج عن ملك البائع مالم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح نهر عن الفصول وكذا اذا كان الثمن عبدا فاستحق فاعتقه البائع بعد حكم القاضى للمستحق نفذ عتقه بحر وهذا فى الاستحقاق الناقل واما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف وانها كانت مسجدا رجع على الكفيل وان لم يقض بالثمن على المكفول عنه وقيد بالاستحقاق لانه لو انفسخ بخيار رؤية اوشرط اوعيب لم يؤاخذ الكفيل به وقيد بالثمن لانه لو بنى فى الارض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وانما يرجع بها على البائع فقط وكذا لو كان المبيع امة استولدها المشترى وأخذ من المشترى مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل الا بالثمن وما فى النهر من قوله استولدها البائع وتبعه السيد الحموى فى شرحه سبق قلم والصواب استولدها المشترى كما فى البحر كذا نبه عليه شيخنا

(باب كفالة الرجلين)

لما نزل هذا مع ما قبله منزلة المفرد من المركب أخره نهر (قوله وكل كفل عن صاحبه) يحترز به عمالو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر فعين الكفيل ما اداه عن صاحبه صح تعيينه وفى هذا المقام كلام للزيلعى وصاحب البحر يعلم بمراجعة النهر (قوله لم يرجع على شريكه وان عين عن صاحبه) مقيد بما اذا استوى الدينان صفة وسببا فلو اختلفا صفة بأن كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا يصح تعيينه عن شريكه ويرجع به عليه وفى عكسه لا يرجع لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول ولو اختلف سببهما نحو ان يكون ما على احدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فانه يصح تعيين المؤدى يعنى عن شريكه لان النية فى الجنسين المختلفين معتبرة وفى الجنس الواحد لغو بحر (قوله فيكون محتسبا عن نصيبه) لرجحان جهة الاصالة على النيابة ولانه لو رجع بنصفه لادى الى الدور لان اداء نائبه كادائه زيلعى (قوله ولو كان ماعليه حالا الخ) الكفيل لا يرجع له الا بعد حلول الاجل كما سبق عن البحر بخلاف مالو كان ماعليه مؤجلا وما على الآخر حالا فأدى وعين عن شريكه الحال دينه فانه يرجع فى الحال وقول السيد الحموى صواب العبارة ولو كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا اذ لا يجب ماعليه فى الحال ساقط فان قلت قوله فى النهر بخلاف العكس يشهد لما ذكره السيد الحموى من التصويب قلت ليس المراد من المخالفة عدم صحة التعيين عن شريكه اذا

فيكون العطف للتفسير وقيل هى الموظفة وهى العاملات الراتبة فى كل شهر اوثلاثة اشهر الدولية ويكون عطف الخاص على العام (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان ماله) حال كونه مؤجلا الى شهر (فقال الطالب) هو حال والقول للضامن (ومن قال لآخر ...) ... بالدرك ... (وكفل له رجل بالدرك) للمشترى (فاستحق) المبيع لم يؤاخذ (الكفيل) حتى يقضى له بالثمن على البائع (باب كفالة الرجلين والعبد) (وان كفلا) ... (واحد منهما) (بأمره) عن الاخر (ما) (عليهما) (كل كفيل عن صاحبه) الدين (فما اداه احدهما) من الدين (لم يرجع) على شريكه (وان عين عن صاحبه) حتى (يزيد) المؤدى (على النصف) ويكون محتسبا عن نصيبه (فان زاد) المؤدى (بالزيادة) حينئذ (رجع) على شريكه ... ولو كان ماعليه حالا وما على الآخر مؤجلا صح تعيينه

(وان كفلا عن رجل) بالف (وكفل كل واحد منهما بهذا الالف (عن صاحبه فما اداه) احدهما (رجع) المؤدى (بنصفه) اى بنصف المؤدى (على شريكه) مطلقا سواء كان قليلا او كثيرا (او) رجع (بالكل على الاصيل وان ابرأ الطالب) عن المطالبة (أحدهما آخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله ولو افترق) وفسخ الشركة (المفاوضان اخذ الغريم) اى الدائن (أيا شاء) من المفاوضين (بكل الدين ولا يرجع) المؤدى على شريكه (حتى يؤدى اكثر من النصف) وفى الدستور والغريم من له الدين ومن عليه الدين (وان كاتب عبديه كتابة واحدة) بان قال كاتبتكما على الف الى سنة (وكفل كل) واحد من العبدين المكاتبين (عن صاحبه فما ادى احدهما رجع) المؤدى (بنصفه) وهذا العقد يجوز استحسانا (ولو حرر) المولى (احدهما) قبل ان يؤدى شيئا (آخذ) المولى (ايا شاء بحصة من لم يعتقه فان أخذ) المولى (المعتق رجع) بما ادى (على صاحبه) أى الذى لم يعتقه (وان آخذ الآخر) أى الذى لم يعتقه (لا يرجع على المعتق بشئ) وانما قيد المسئلة بكتابة واحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتبا على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا كذا فى النهاية (ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه) قوله يؤخذ صفة مالا اى من ضمن عن عبد مالا يطالب به هذا العبد بعد عتقه بأن أقر العبد باستهلاك مال وكذبه سيده او اقرضه انسان او باعه وهو محجور ولم يسم الضامن حالا أو غير حال

كان ماعليه حالا وماعلى شريكه مؤجلا بل المراد ان تعيينه عن الشريك وان صح ايضا لكنه لا يرجع فى الحال بل بعد حلول الاجل الى هذا اشار شيخنا وكذا ليس فى كلام الزيلعى ما يدل على التصويب خلافا لما توهمه السيد الحموى اذ غاية ما فى الباب انه اقتصر فى التصويب لصحة تعيينه عن صاحبه على قوله ولو كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه وهذا لا ينافى صحة التعيين عنه أيضا فى عكسه (قوله وان كفلا الخ) يعنى على التعاقب بأن كفل كل بجميعه منفردا اما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف زيلعى (قوله رجع بنصفه) على شريكه لان ماعليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدى الى الدور زيلعى (قوله آخذ) بالمد نهر (قوله الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيؤاخذ به زيلعى (قوله ولو افترق المفاوضان الخ) قيد به لان شريكى العنان لو افترقا وثمة دين لم يؤاخذ الغريم أحدهما الا بما يخصه وفى النهر عن البزازية اقر احدهما بدين وانكر الآخر لزم المقر كله ان كان قد تولاه وان اقر أنهما تولياه لزمه نصفه ولا شئ على المنكر انتهى ووجه الفرق بين المفاوضة والعنان ان شركة المفاوضة تتضمن كفالة كل منهما عن الآخر بخلاف شريكى العنان كما سبق (قوله وكفل كل واحد من العبدين الخ) قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا فقط عتق كل واحد منهما باداء حصته الا اذا قال المولى على انهما ان اديا عتقا وان عجزا رجعا فى الرق فلا يعتق واحد منهما الا باداء كل المال الى المولى مراعاة لشرط المولى نهر (قوله يجوز استحسانا) والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى وجه الاستحسان ان يجعل المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه أى باداء كل واحد فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فاذا أدى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه عينى (قوله قبل ان يؤدى شيئا) تقييد بما قبل الاداء لان عتقه بعد الاداء لا يتصور لما انه بالاداء عتق لكن ظاهر قوله شيئا ان اداء البعض مانع من اضافة العتق الى التحرير وليس كذلك اذ هو عبد ما بقى عليه درهم ولا يصح أن يقال اراد بقوله قبل ان يؤدى شيئا ما اذا بلغ المؤدى نصف البدل لانقسامه بينهما لان عتق كل واحد منهما موقوف على اداء كل البدل فاذا أدى كل البدل عتق المؤدى وعتق الآخر تبعا له الا ترى الى قول الزيلعى لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد يجب مراعاته وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال نصا فلو عتق أحدهما باداء حصته كان مخالفا للشرط انتهى فالصواب ابداله بقوله قبل ان يؤدى البدل وهل اذا اعتقه بعد اداء شئ من البدل يكون محسوبا على المولى من حصة من لم يعتقه او لا لم أره والظاهر انه لا يحسب على المولى من حصة الآخر بل يطيب له لانه كسب عبده (قوله آخذ أيا شاء بحصة من لم يعتقه) لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان وقد استغنى عنه بالعتق فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فما قابل حصة المعتق سقط وما بقى يأخذه المولى من أيهما شاء نهر (قوله رجع بما أدى على صاحبه) بحكم الكفالة بأمره وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لانها فى حالة البقاء وفى الابتداء كان كل المال عليه نهر أخذا من كلام الزيلعى (قوله قياسا واستحسانا) لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح فى نفسه فلا حاجة الى

تصحيحه

تصحيحه بما ذكرنا من الطريق زيلعى (قوله يؤخذ الكفيل به حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بتشديد اللام فانها تصح و يؤخذ الكفيل به فى الحال وان كان فى حق الاصيل متأخرا الى الميسرة بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين المؤجل فى الحال ثم اذا أدى يرجع به بعد العتق ان كان بأمره زيلعى مع عناية قال فى البحر والتقييد بكونه يؤخذ به بعد العتق ليفهم منه حكم ما يؤخذ به للحال بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة باذن المولى وجعله احترازيا كما فى الزيلعى وتبعه العينى سهو كما لا يخفى وفى الفتح لو كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى ان يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤجل الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وقوى عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه قال فى النهر ورأيت مقيدا عندى ان ما قوى عنده هو المذكور فى البدائع الخ وقوله وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد يعنى فيما اذا كانت الكفالة بدين الاستهلاك المعاين (قوله فمات العبد) أى ثبت موته ببرهان ذى اليد او بتصديق المدعى فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذى اليد انه مات بل يحبس هو والكفيل فان طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية (قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لانه لو ثبت ملكه باقرار ذى اليد او بنكوله لم يضمن شيئا الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة فى حق الكفيل شيخنا عن النهاية (قوله ضمن قيمته) لانه تكفل بتسليم رقبة العبد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها عينى (قوله برئ الكفيل) لان العبد برئ بموته وبراءته توجب براءة الكفيل عينى واعلم ان هاتين المسئلتين مكررتان اما الاولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوبا واما الثانية فلما قدمه من ان الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب ولا فرق فيه بين الحر والعبد بحر قال شيخنا لا تكرار لان الغصب هناك محقق وهنا يحتمل ان يكون فى يده باجارة أو شركة ولدفع توهم ان نفس العبد مال فتضمن صرح بها ايذانا بعدم الفرق بين العبد والحر (قوله وقال زفر يرجع) لتحقق الموجب وزوال المانع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع وكذا هذا وقد طولب بالفرق بين هذا وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فانه يسعى فى ذلك الدين ثم يرجع به على سيده ولم يرجع هنا واجيب بان زمان استيجاب الدين هنا هو زمان الكفالة وفيه كان عبدا وفى الرهن كان حرا وما فى النهر من قوله كانا حرين صوابه كان حرا حموى ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته زيلعى وقوله كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فبلغه الخ يفيد ان الاجازة وجدت بعد المجلس حتى لو وجدت فى المجلس رجع كما سبق ومنه يعلم ما فى عبارة الدرر من القصور حيث اقتصر على قوله كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فأجاز انتهى

(كتاب الحوالة)

(قوله الا ان الحوالة تتضمن) بيان لنكتة تأخير الحوالة عن الكفالة بعد بيان المناسبة التى أوجبت المقارنة حموى (قوله فلهذا) اى لتضمن الحوالة براءة الاصيل أخرها عن الكفالة يعنى لتنزلهما منها منزلة المركب من المفرد حموى (قوله ثم الحوالة اسم بمعنى الاحالة) أى اسم مصدر وفيه نظر لان الحوالة فى كلام

يؤخذ الكفيل به حالا (ولو ادعى) رجل (رقبة العبد) فى يده على رجل (وكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه) أى العبد كان (له ضمن) الكفيل (قيمته ولو ادعى) رجل (على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه او كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) وقال زفر يرجع ومعنى كل واحد منهما على الآخر الوجه الاول ان لا يكون على المولى دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى بأمره واما كفالته عن العبد فصحيحة بكل حال سواء كان العبد مديونا او لا
(كتاب الحوالة)
المناسبة بينهما ان فى كل واحد منهما التزاما على الاصيل الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل دون الكفالة ولهذا أخرت الحوالة عنها ثم الحوالة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال زيد به على ذلك الرجل فالمديون محيل وزيد محتال والرجل محتال عليه والمال محتال به

المصنف بمعنى الاحتيال لانه لم يشترط في صحتها رضا المحيل لكن تعريفه لها بنقل الدين يقتضي ان يكون الحوالة في كلامه بمعنى الاحالة حموى (قوله وتقدير المحتال في الفاعل محتول) قلبت الواو الفا لتحركها وانفتاح ماقبلها والمحذوف من الاحالة الالف المنقلبة عن الواو التي هي عين الكلمة وعوض عنها الهاء وانما حذفت بعد نقل حركتها الى الساكن الصحيح قبلها الذي هو فاء الكلمة لتحركها في الاصل وانفتاح ماقبلها الآن شيخنا (قوله لاحاجة الى هذه الصلة) في المحتال وانما الصلة في المحال عليه شيخنا (قوله هي نقل الدين الخ) يرد عليه ماسيذكره من انها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بان الواجب رد العين والقيمة مخلص واجيب بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة كما في الشرنبلالية ويرد عليه أيضا مالو وقعت الحوالة بغير اذن المحيل فانها صحيحة ولا نقل فيها وأجيب بأن معنى النقل يتحقق بعد اداء المحال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ ورده في الفتح بأنه لو صح لصح ان يقال في الكفالة بغير اذن المكفول عنه انها نقل أيضا لانه اذا أدى الكفيل عنه لم يبق عليه شئ قال وعندي ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه نهر (قوله وتصح في الدين لا في العين) لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة وأما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي عيني ولا بد في الدين ان يكون معلوما فلا تصح بالمجهول قال في الجوهرة وكذا لا تصح بالحقوق وبه عرف ان حوالة الغازي بحقه من غنيمة محرزة لا تصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه في الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين وهذا في الحوالة المطلقة ظاهر وأما المقيدة فان مال الوقف في يد الناظر ينبغي ان تصح كالاحالة على المودع والا لا انتهى ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندي فيه تردد در (قوله برضا المحتال) لان فيها انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة نهر (قوله والمحال عليه) لانها التزام الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء مابين موسر ومعسر نهر ويرد عليه مالو أحالت المرأة على زوجها بالنفقة المستدانة باذن القاضي فانها تصح بدون رضا الزوج المحال عليه حموى عن البحر من باب النفقة (قوله فليس بشرط) وانما يشترط رضاه للرجوع عليه زيلعي وهو محمل رواية القدوري اشتراط رضاه فلا اختلاف في الروايات بحر عن ايضاح الاصلاح لكن ظاهر كلامهم كما في الدرر وغيرها تسليم ان الخلاف ثابت وهذا علل والعدم اشتراط رضا المحيل بان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره واشترط القدوري رضا المحيل لان ذوي الهيئات يأنفون من تحمل الغير ماعليهم من الديون وما مشى عليه المصنف هو المختار كما في مواهب الرحمن وعلى هذا اذا قال احد للطالب ان لك على فلان كذا فأحله على فرضي بذلك صحت الحوالة وبرئ الاصيل قال في البحر والحاصل انها ان كانت بغير رضا المحيل وكان له دين عليه فلا رجوع للمحال عليه لانه قضى دينه بغير امره كما في السراج الوهاج وكذا حضرته ليست شرطا حتى لو قيل لصاحب الدين لك على فلان الف فاحتل بها علي ورضي الطالب بذلك صحت فليس له ان يرجع بعد ذلك بخلاف مالو قال للمديون عليك ألف لفلان فأحله بها علي فقال المديون أحلت ثم بلغ الطالب فأجاز لا يجوز عند الامام ومحمد الا ان يقبل الحوالة فضولي له ولا يشترط حضرة المحال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة بحر عن البزازية وبالجملة حضرة المحال عليه وان لم تكن شرطا لكن يشترط رضاه بخلاف المحيل حيث لا يشترط رضاه أيضا على رواية الزيادات واما المحتال فيشترط حضوره الا ان يقبل فضولي لاجله فتحصل انه لا تنافي بين اشتراط الرضا وعدم اشتراط الحضرة وهذا عزا في الدرر للخانية عدم اشتراط حضرة الباقين أي المحيل والمحتال عليه بعد ان نص على اشتراط رضا الكل بلا خلاف الا في الاول يعني المحيل حيث قال في الزيادات تصح الحوالة بلا رضاه اذا علمت هذا ظهر لك سقوط مااعترض به العلامة عزمي زاده حيث قال لا يذهب عليك ان ماعزاه فيما

سيجيء

وتقدير المحتال في الفاعل محتول وفي المفعول بالفتح وموضع بالكسر والمحتال له اولا بد لا حاجة للمحتال الى هذه الصلة كذا في المغرب (هي نقل الدين من ذمة) المحيل (الى ذمة المحتال عليه) (وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال) اي الذي يقبل (والمحتال عليه) اي المديون الحوالة واما رضا المحيل فليس بشرط فلهذا لم يتعرض له

سيجيء الى الخانية من انه لا يشترط حضرة الباقين مخالف لقوله هنا بلا خلاف الا في الاول فليس في كلامه انتظام انتهى ولم يذكره شيخنا بقوله دعوى المخالفة ممنوعة اذ من البين ان رضا المحيل قدر زائد على حضوره انتهى (قوله وبرئ المحيل) لو قال وبرئ المديون لكان اولى لان المصنف حيث لم يشترط رضا المحيل لم يوجد من المديون احالة حتى يقال وبرئ المحيل وقد رمز الشارح الى هذا بقوله واما رضا المحيل أي المديون حموى (قوله هذا عند أبي يوسف الخ) وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على رجل كان للراهن ان يسترد الرهن عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ذلك عيني وقول أبي يوسف هو الصحيح كما في العناية وفي النهر عن التتارخانية وعليه الفتوى (قوله برئ من المطالبة) بدليل ان المحتال لو ابرأ المحال عليه فرده لم يرتد ولو انتقل الدين وجب ان يرتد قال في النهر وانكر بعض المحققين هذا الخلاف وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة فقط بل ذكر احكاما متشابهة اعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة نظرا للمعنى وفي بعضها ابرأ وجعل المحول بها المطالبة والدين نظرا لحقيقة اللفظ الخ (قوله وعند زفر الخ) لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان من المطالبة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والكفالة معناها الضم لا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى زيلعي (قوله لا يبرأ المحيل) وبه قال القاسم بن معن كذا ذكره العيني قال في التقريب لابن حجر القاسم ابن معن بفتح الميم وسكون المهملة ابن عبد الله بن مسعود الكوفي أبو عبد الله القاضي ثقة فاضل انتهى وقال عبد القادر في طبقاته القاسم بن معن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي الكوفي ولي القضاء بالكوفة بعد شريك بن عبد الله أحد من قال له ابو حنيفة في نفر انتم مسار قلبي قال يحيى بن معين كان رجلا نبيلا في الفقه والعربية مقدما على أبي حاتم كان اروى الناس للحديث والشعر واعلمهم بالعربية والفقه مات سنة خمس وسبعين ومائة روى له اصحاب السنن كذا بخط شيخنا (قوله ولم يرجع الخ) صرح الزيلعي بالبراءة في المقيدة بمجرد العقد فيما اذا احال المكاتب مولاه على رجل بالبدل (قوله الا بالتوى) مراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع ان حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى وفي البزازية والمحيل والمحتال يملكان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه انتهى وفي الذخيرة أما اذا احال المديون الطالب على رجل بالف أو بجميع حقه وقبل ثم احاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل صار الثاني نقضا للاول وبرئ الاول انتهى بحر ومثله في الفتاوى الخانية والتوى وزان الحصى وقد يمد الهلاك نهر عن المصباح (قوله فاذا توى على المحتال عليه) صوابه اسقاط عليه حموى (قوله عاد الدين) يشير الى ان براءته مقيدة بشرط سلامة العاقبة واختلف في كيفية عوده فقيل تفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ ولم ار ان فسخ المحتال هل يحتاج الى الترافع عند القاضي وظاهر التشبيه بالمشتري اذا وجد عيبا انه يحتاج نهر (قوله وقال الشافعي الخ) لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة فلا يعود الدين الا بسبب جديد ولنا قول عثمان رضي الله عنه في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل ولان المقصود من شرعه الوصول الى حقه لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف فيه فعند فواته يجب الرجوع زيلعي (قوله ان يجحد الحوالة) ولو ادعى المحتال ذلك على المحيل في غيبة المحال عليه انه جحدها وحلف وبرهن على ذلك لم تسمع دعواه لغيبة المشهود عليه كذا في البزازية الا اذا صدقه المحيل فانه يرجع عليه من غير برهان كما في المحيط كذا في النهر قال شيخنا ومرجع الضميرين في جحد وحلف واحد وهو المحال عليه انتهى (قوله اي للطالب) او المحيل ولو في المقيدة كذا بخط شيخنا

(ويبرئ المحيل بالقبول من الدين) أي برئ من الدين بقبول المحتال الحوالة هذا عند أبي يوسف وعند محمد برئ من المطالبة وعند زفر لا يبرأ المحيل منهما (ولم يرجع) بالدين (المحتال على المحيل) أي المديون (الا بالتوى) أي الا أن يتوى حقه فاذا توى على المحال عليه عاد الدين الى ذمته وقال الشافعي لا يعود الى ذمة المحيل وان توى (وهو) عند أبي حنيفة أحد الامرين اما (أن يجحد) المحتال عليه (الحوالة ويحلف) على ذلك (ولا بينة له عليه) أي للطالب على ذلك

(قوله او يموت مفلسا) ولو اختلفا فى موته مفلسا فالقول للطالب مع اليمين على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولو قال المحيل مات بعد الاداء وقال المحتال بل قبله فالقول له أيضا وقد طولب بالفرق بين هذا وبين مالو اوصى لفقراء بنى فلان فقال احدهم انا فقير وقالت الورثة بل غنى فالقول للورثة والفرق ان الفقير مدع وفى مسئلتنا الطالب منكر نهر (قوله ان يحكم القاضى بافلاسه الخ) أى بالشهود وهذا بناء على ان التفليس يصح عندهما وعنده لا يصح لتوهم ارتفاعه بحدوث مال له يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله نهر عن طلبة الطلبة (قوله ضمن المحيل) لان سبب الرجوع قد تحقق باقراره وهو قضاء دينه بامره الا انه يدعى عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل وقبول الحوالة ليس اقرارا بالدين لانها قد تكون بدونه ولم يقل ضمن ما اداه لانه لو احاله بدراهم فأدى دنانير وعكسه او اعطاه عرضا او صالحه بشئ رجع بالمحال به الا اذا صالحه على جنس الدين باقل فانه يرجع بقدر المؤدى ولو اعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد نهر عن البزازية (قوله فالقول للمحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ولفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة مجازا ولو غاب المحتال واراد المحيل قبض ما على المحال عليه فائلا انما وكلته بقبضه قال ابو يوسف لا اصدقه ولا اقبل بينته وقال محمد يقبل قوله ولو ادعى المحتال ان المحال به ثمن متاع كان المحيل وكله فى بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله صحت الحوالة) لانه اقدر على التسليم فكانت بالجواز أولى وهذا بيان للحوالة المقيدة وهى ثلاثة اقسام مقيدة بعين مضمونة او أمانة او بدين خاص وحكمها ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه حتى لو دفع المحال عليه ذلك الى المحيل ضمنه للطالب مع ان المحتال عليه اسوة لغرماء المحيل بعد موته بخلاف المطلقة نهر ودر (قوله فان هلكت برئ) و يثبت الهلاك بقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالغصب حيث لا يبرأ منه لانه يخلفه القيمة ولو استحق بالبينة برئ ولو وهبها المحتال من المحتال عليه صح التمليك لان له حق التملك فله ان يملك وليس للمحيل ان يرجع على المحتال عليه بشئ بخلاف مالو ابرأه من الدين اوالعين والفرق ان المحال عليه ملك الدين بالهبة معنى ولا كذلك فى الابراء ولو أمسك الوديعة لنفسه وقضى دين المحال له من مال نفسه كانت الوديعة له ولم يكن متبرعا استحسانا ولو مرض المحيل فدفعها الى المحتال ثم مات المحيل وعليه ديون لا يضمن المودع شيئا وتكون بين غرماء المحيل و بينه بالحصص ولو كانت مقيدة بدين فقضاه اياه والمسئلة بحالها سلم للمحتال ما أخذه و يؤخذ من المحال عليه و يقسم بين الغرماء بالحصص يشاركهم المحال عليه نهر (قوله وهى قرض) استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق بأن يقرض ماله عند الخوف ليرد عليه فى موضع الامن لانه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا واطلاق المصنف يفيد الكراهة مطلقا قال الزيلعى وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به قال فى النهر وجزم بهذا القيل فى الصغرى وغيرها وعلى ذلك جرى فى صرف البزازية فقال لا بأس بقبول هدية الغريم بلا شرط وكذا اذا قبض اجود مما اقرض يحل بلا شرط وكذا اذا قضى ادون وراجح فى الوزن ان كثير الم يجز وان قليلا جاز والدرهم فى مائة يرده بالاتفاق واختلفوا فى نصفه ثم انما يحل عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر نهر (قوله بضم السين الخ) كذا فى العينى وفى النهر بفتح السين وقيل بفتحها وفتح التاء انتهى وقال الشلبى ضبطه الاياسى بالقلم وكذا الاتقانى بفتح السين وكسر التاء وضبطه العزى بالقلم بفتح السين وضم التاء انتهى شيخنا (قوله وهو شئ محكم أو مجوف) هذا هو الصواب خلافا لما فى بعض النسخ من قوله محكم مجوف حموى (قوله لانه لا حكام أمره) لا وجه لقوله لانه فالوجه حذفها

* (كتاب القضاء) *

(أو يموت) المحتال عليه (مفلسا) ولم يترك كفيلا وان ترك كفيلا كفل عنه بامره أو بغير أمره لا يعود الى ذمة المحيل وفالاهذان ووجه ثالث وهو أن يحكم القاضى بافلاسه حال حياته (فان طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لى عليك) لا (ضمن المحيل مثل الدين) ولا يقبل قوله بل القول قول المحتال عليه (وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لى) وكالة [illegible] (وقال المحتال أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل ولو أحال) رجلا (على ماله عند [illegible] وديعة صحت) الحوالة (فان هلكت) الوديعة قبل أن يردها الى المحتال (برئ) المودع (وكره السفاتج) وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهو [illegible] بالقرض [illegible] السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو شئ محكم أو مجوف [illegible] أمرا ولانه لا حكام أمره [illegible] تشبيها بها [illegible] أى من الاشياء [illegible] ورد فى [illegible] الحوالة لانه [illegible] على المستقرض الخطر المتوقع

* (كتاب القضاء) *

وهو عبارة عن الالزام [illegible]

لما كان اكثر المنازعات تقع في الديون والمبايعات أعقبها بما يقطعها نهر والقضاء أفضل العبادات وبه أمر كل نبي زيلعي وفي البدائع نصب القاضي فرض ونصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق لاجماع الصحابة على ذلك شرنبلالية (قوله وفي النهاية الخ) عزا للنهاية ما ذكره من تعريف القضاء شرعا فيكون سندا لما ذكره قبله من قوله وعن الالزام شريعة (قوله فصل الخصومات الخ) صريح في ان المراد بالقضاء الحكم وحينئذ كان ينبغي ايراده عقب الدعوى ويمكن ان يقال أراد بيان من يصلح للقضاء أي الحكم لتصح الدعوى عنده فلا جرم ان ذكر قبلها نهر ثم ما ذكره الشارح في تعريف القضاء شرعا وعزاه الى النهاية جرى عليه الزيلعي قال العيني والاولى ان يقال هو قول ملزم صدر عن ولاية عامة وتعقبه في النهر بأنه ليس بجامع لان فعله حكم أيضا وشرط صحة الحكم ان يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم ولا يشترط له المصر فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى بحر عن البزازية قال ولا يشترط ان يكون المتداعيان من بلد القاضي في غير العقار وكذا في العقار وان لم يكن في ولايته على الصحيح كما في الخلاصة وغيرها ويشترط في الحاكم العقل والبلوغ والاسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف وان يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما في الخزانة لا الذكورة والاجتهاد وأما الاطرش الذي يسمع القوي من الاصوات فالصحيح جواز توليته نهر واذا قلد الصبي فأدرك لا يقضي به كما في المنتقى بخلاف الكافر اذا أسلم بعد التقليد فانه على قضائه كما في الاجناس ولو امر السلطان عبده بنصب القاضي فنصب يصح ولو حكم بنفسه لا يصح ولو قلد العبد القضاء فقضى بعد ما عتق جاز كما لو تحمل الشهادة في الرق ثم عتق بحر واذا ولى السلطان انسانا قضاء بلدة كذا لا يدخل فيه القرى ما لم يكتب في منشوره شرنبلالية عن الصغرى (قوله أهله اهل الشهادة) لان كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا زيلعي وهذا وان كان مطردا الا انه لا ينعكس كليا اذ يصلح للقضاء من لا يصلح للشهادة الا ترى ان شهادة العدو لا تقبل وقضاؤه صحيح نهر لكن صرح في التنوير بأن قضاءه على عدوه غير صحيح قال شارحه وبه أفتى ابن عبد العال ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه ووصي وشريك در عن شرح الوهبانية للشرنبلالي (قوله أهل الشهادة) أي ادائها على المسلمين كذا في الحواشي السعدية ويرد عليه ان الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة در عن الزيلعي في التحكيم قال شيخنا واستفيد منه جواب حادثة وهي ان تولية الكافر على العرايين من اهل الذمة جائزة ولا يستدل منع تولية الذمي على مثله وقد نبه ليرجع عن فتواه فلم يرجع (قوله كما هو اهل للشهادة) أي لادائها على معنى ان القاضي لو قضى بشهادته نفذ وأثم واستثنى أبو يوسف ما اذا كان الفاسق ذا جاه ومروءة فانه يجب قبول شهادته كذا في البزازية وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته القضاء حيث كان كذلك الا ان يفرق بينهما (قوله لا يجوز قضاء الفاسق) واختاره الطحاوي قال العيني وينبغي ان يفتى به خصوصا في هذا الزمان قال في النهر أقول لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا في زماننا فلهذا كان ما جرى عليه المصنف هو الاصح كما في الخلاصة وفي العمادية انه اصح الاقاويل انتهى (قوله ينعزل بالفسق) لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهذا انما كان فيه الابتداء اسهل من البقاء وله نظير في المعراج لو اذن المولى لعبده ثم حجر ولو اذن للآبق صح عكس ما اشتهر من ان البقاء اسهل فيه بالقصد لان نصب الامامة لا يصح الا بالشرط ولا ينعزل به كذا في البحر ومثله في الدر عن الفتح معللا بان الامارة السلطنة مبنية على القهر والغلبة قال لكن في اول دعوى الخانية الوالي كالقاضي انتهى (قوله لا ينبغي ان يقلد) أي لا يليق كما في النهر وفسره الحموي بقوله اي لا يجوز تقليده قال وتفسيره بلا يليق غفلة عن المقام ان كلمة ينبغي تستعمل فيما دون الواجب وفوق المستحب انتهى (قوله فسق بأخذ الرشوة) قبل القضاء او بعده

وفي النهاية ... شرعا فصل
الخصومات وقطع المنازعات (أهله)
أي القضاء من هو (أهل الشهادة)
والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل
لأداء ...) وقال الشافعي لا يجوز
... عليها
... الا انه لا يجوز ...
... المراد انه اذا قلد الفاسق
الفاسق وقال ... ويعدل به فسق
ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ففسق
(الا انه لا ينبغي أن
يقلد) كما لا ينبغي أن يقبل القاضي
شهادة الفاسق وان قبل صح (ولو كان
القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة)
(لا ينعزل) بذلك
بالحركات ...
حاذقا بعض ...

لا فرق بين رشوته ورشوة ولده ومن لا تقبل شهادته له وكذا أعوانه اذا علم بذلك خصها بالذكر لانها معظم ما يفسق به القاضي والا فالفسق قد يكون بغيرها كشرب الخمر ونحوه والرشوة ما يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط فيها واعلم انهم قسموا الرشوة الى اربعة أقسام حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة وأما الذي قلد بواسطة الشفعاء فكالذي قلد احتسابا كذا في الفتح الثاني ارتشى ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين الثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر وجلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان في الامر الفلاني الرابع ما يدفع لدفع الخوف على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ ومن هذا القسم ما يأخذه الشاعر وتجوز المصانعة في اموال اليتامى نهر ولو طلب منه ان يسوي امره ولم يذكر الرشوة وأعطاه بعد ما سوى تحل وهو الصحيح بحر عن الخانية قال ولم أر ما لو تعين عليه القضاء ولم يول الا بمال هل يحل بذله وينبغي ان يحل وان عزل لا يصح وتعقبه في النهر بقوله هذا ظاهر في صحة توليته واطلاق المصنف يرده واما عدم صحة عزله فممنوع قال في الفتح للسلطان ان يعزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل نعم لو قيل بانه لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل ونظر فيه السيد الحموي بان ما في الفتح ليس نصا في صحة عزل من تعين عليه القضاء لجواز حمله على من لم يتعين عليه القضاء وقياسه على الوصي العدل قياس مع الفارق انتهى (قوله ويستحق العزل) أي يجب على السلطان عزله كذا في الفصول وغيرها ولا ينافيه ما في الدراية من انه يحسن عزله لمن تأمل نهر ووجه عدم المنافاة ان الحسن لا ينافي الوجوب اذ كل واجب حسن وليس كل حسن واجبا حموي وفيه ان المتبادر من التعبير بحسن عدم الوجوب ولهذا قال في البحر فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء انتهى (قوله أجمعوا الخ) فان قلت ان الخلاف ثابت مشهور فقد ذكروا في المسئلة ثلاثة اقوال أحدها انه ينفذ فيما ارتشى فيه وغيره وهو الظاهر من كلام المصنف وهو اختيار البزدوي والثاني لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه واختاره السرخسي والثالث لا ينفذ فيهما فكيف ادعى الاجماع قلت نقل في الشرنبلالية عن البرهان ان عدم النفوذ فيما ارتشى فيه لما كان هو المختار عنده لم يعتبر ما يخالفه ووجدت بخط السيد الحموي ما يشير الى ذلك أيضا (قوله يصلح ان يكون مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطأ عيني (قوله وقيل لا) لانه من امور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وهو الذي اختاره كثير من المتأخرين عيني وجزم به في المجمع وشرحه نهر قال ولا خلاف في اشتراط اسلام المفتي وعقله ولا يشترط ان يكون حرا ولا ذكرا ولا ناطقا فيصح افتاء الاخرس حيث فهمت اشارته بل الناطق ان قيل له أيجوز هذا فحرك رأسه أي نعم جاز ان يعمل باشارته وسئل محمد متى يحل للرجل ان يفتي قال اذا كان صوابه اكثر من خطئه واذا أخطأ رجع ولا يستحي ولا يأنف الخ وفي القضاء لا يكتفى بالاشارة للزوم صيغة مخصوصة وفي البحر عن الظهيرية لا بأس للقاضي ان يفتي من لم يخاصم اليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم اليه (قوله ويقله) العقل كما في التحرير قوة بها ادراك الكليات للنفس فلا يولى ناقص العقل وهو الاحمق ومن علاماته طول لحيته وكثرة الالتفات والعجلة في الامور بحيث لا ينظر في عواقبها قالوا ولا دواء لهذا الداء الا الموت وقال عيسى عليه السلام عالجت الاكمه والابرص فأبرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ نهر (قوله وصلاحه) بان كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة الخ النهر (قوله اي بما ثبت الخ) اختلف هل الاثر مرادف للسنة او انه ما ثبت عن الصحابة والتابعين فعلى الاول يكون من عطف التفسير وعلى الثاني يكون من عطف المباين والاول هو الظاهر من صنيع الشارح حموي وعلى الثاني جرى العيني (قوله عند أمر يعاينه) يعني من مسلم نهر (قوله اسم لعلم خاص الخ) اعلم ان العلم لغة بمعنى المعرفة نقيض الجهل من علمت الشئ أعلمه عرفته وفي الاصطلاح ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدي العلم ادراك النفس لمعنى الشئ اذ كل من

(و) لكن (يستحق العزل) وهذا ظاهر المذهب وقال القاضي فخر الدين اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (واذا أخذ) أحد (القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) فلو قضى لا ينفذ (والفاسق يصلح) أن يكون (مفتيا) وقيل لا (ولا ينبغي أن يكون القاضي فظا) جافيا قاسي (الخلق (غليظا) قاسي القلب (جبارا) من جبره على الامر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما لا يريده (عنيدا) أي معاندا مجانبا للحق معاندا لاهله (وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه) أي كفه عن الحرام (وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار) أي بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وسكوتا عند أمر يعاينه (ووجوه الفقه) أي علمه بطريق الفقه الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب الله تعالى وسنن الرسول عليه السلام واجماع الامة ومقتضياتها واشاراتها

وحدله ادراك المعنى وحدله العلم من حيث انه وجد له ذلك الادراك وكل من عدم له ذلك الادراك عدم له العلم من هذه الحيثية قلت حاصل هذا انه ليس للعلم ماهية سوى [illegible] وقد وقعت طائفة منهم الغزالي والرازي عدم جواز تعريفه لان غير العلم يعرف به فلو عرف غيره لزم [illegible] بان جهة توقف غير العلم عليه من حيث انه ادراك له وتوقفه على غيره [illegible] من جهة انه صفة مميزة له عما سواه [illegible] في شرح قول الهداية [illegible] معالما علوا [illegible] عاما تقرر ان العلم غير متعدد والتعدد في المعلوم [illegible] الفرق بين الحد والحدود [illegible] الاجمال والتفصيل [illegible] يدل على اجزاء [illegible] بالاجمال [illegible] (قوله والاجتهاد) هو [illegible] الكتاب والسنة [illegible] التي تتعلق بها الاحكام وقال اكثر [illegible] علم ما يتعلق به الاحكام [illegible] الاجماع [illegible] من آياتها ولا يشترط معرفة الفروع [illegible] يكون عارفا بالفروع المبنية على [illegible] ومذهب المتقدمين [illegible] اهل الاجتهاد [illegible] عادات الناس لان كثيرا من الاحكام [illegible] (قوله [illegible]) [illegible] حلوا من [illegible] (قوله ويعمل [illegible]) [illegible] بدليل جعل الاجتهاد شرط الاولوية [illegible] أخذ المسائل من كتب الفقه [illegible] المحض بل لا بد من أهل العلم والفهم [illegible] طريق تحصيل الاحكام من كتب المذهب [illegible] قوله واذا تركه أثم وان لم يتعين فالترك أفضل [illegible] بان وجود الجاهل لا يمنع من تعيينه [illegible] البزازي في الاعيان [illegible] القضاء بالفتوى أيضا الخ (قوله والمراد الخ) هو [illegible] فليس [illegible] بقول أبي حنيفة على الاطلاق ثم [illegible] وعبارة النهر ثم بقول الحسن [illegible] (قوله [illegible] الخ) كراهة تحريم نهر (قوله من خاف) بالخاء المهملة [illegible] وقوله تعالى فمن خاف من موص جنفا (قوله [illegible]) لان [illegible] (قوله [illegible] الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام من [illegible] في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة [illegible] فهذا دليل على انه [illegible] وان تعين وجب [illegible] لحقوق المسلمين [illegible] لا تعارض ما سبق من ان [illegible] العبادات وما ورد من [illegible] الحديث محمول ما سبق من ان [illegible] افضل العبادات على ما [illegible] والحاصل كما في النهر انه قد يكون فرض عين ان تعين [illegible] أهل [illegible] عند خوف الظلم [illegible] (قوله [illegible]) هو [illegible] وسكون المهملة [illegible] الى شعب [illegible]

(والا [illegible] شرط الاولوية) [illegible] الجواز [illegible] [illegible] والفهم ويعمل [illegible] الشافعي [illegible] والاولى له [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ولو [illegible] [illegible] وهو الجبر [illegible] [illegible] لا [illegible] [illegible] [illegible] الانه [illegible] [illegible] لا ترى انه [illegible] [illegible] [illegible]

قاضي الكوفة المتوفى بعد المائة شيخنا عن القسطلاني (قوله سماحة) سمح بالنهر وفيه كمنع سمحا وسماحة بالكسر عام شيخنا عن القاموس (قوله أقدر) بفتح الدال والراء على انه أفعل تفضيل كذا ضبطه شيخنا بالقلم وكأنه لانه المسموع والا فيحتمل ان يكون على صيغة المضارع (قوله وكانى بك قاضيا) الباء اسم كان والظرف خبرها وقاضيا حال من المجرور (قوله ولا يسأله) بلسانه ولا يطلبه بقلبه لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكما لا يجوز الطلب لا تجوز التولية ولهذا قال في الخلاصة طالب التولية لا يولى الا اذا تعين عليه القضاء أو كانت التولية على الرقب منشروطة له او ادعى ان العزل من القاضى الاول بغير جنحة زيلعي ونهر وقوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب درر وقوله وكل الى نفسه على صيغة المبنى للمفعول بتخفيف الكاف أي فوض أمره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الى الصواب لكون النفس أمارة بالسوء شيخنا عن عزمى (قوله ويجوز تقلد القضاء من السلطان الخ) ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما لو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم نهر عن البزازية (قوله العادل) هو الواضع كل شئ موضعه وقيل هو المتوسط بين طرفى الافراط والتفريط وقيل الجامع بين أمهات كمالات الانسان بحر (قوله والجائر) لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على وكان الحق بيد على يومئذ وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه تقلد القضاء حينئذ زيلعي قال فى الفتح وهذا تصريح بجور معاوية والمراد فى خروجه لا فى أقضيته نهر قال العينى وفى هذا الزمان لا يوجد السلطان العادل حتى قالوا من قال لسلطان هذا الزمان عدلت او انت عادل يكفر (قوله سواء كان كافرا الخ) صريح فى صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته شخصا القضاء وعليه فالاسلام ليس بشرط فى السلطان واذا صحت التولية صح العزل أيضا وفى الفتح ما يخالفه قال فى البحر واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار فى بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا يقضى بينهم وكذا ينصبون اماما يصلى بهم الجمعة قال فى النهر وهذا هو الذى تطمئن النفس اليه (قوله ومن أهل البغى) فاذا ولى سلطان البغاة باغيا او عزل قاضى العدل ثم ظهر رجاء ليهم احتاج قاضى أهل العدل الى تجديد التولية لان صحة التولية تعتمد صحة العزل فاذا عزل قاضى العدل وولى باغيا صح واذا رفع قضاؤه الى قاضى العدل نفذه لان غايته أنه فاسق وقيل لا ينفذه وبه جزم الساحى نهر وقال العينى فى شرح الهداية آخر باب البغاة وعندنا كل متسلط اذا تم تسليطه يصير سلطانا فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل (قوله يسأل ديوان قاض قبله) لينكشف له حال المحبوسين فلا يستلزم العمل بقول المعزول والديوان اصله دوان قلبت أولى الواوين ياء تخفيفا ولهذا ردت فى الجمع والتصغير فقيل دواوين ودويوين نهر (قوله وهو الخرائط الخ) فاطلاق الديوان على الخرائط للمجاورة نهر (قوله التى فيها السجلات) وهو جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصك قال الله تعالى كطى السجل للكتاب ومنه اسجال القاضى وتسجيله عينى قال فى الجلالين فى تفسير الآية كطى السجل اسم ملك للكتاب صحيفة بنى آدم عند موته واللام زائدة أو السجل الصحيفة والكتاب بمعنى المكتوب واللام بمعنى على وفى قراءة للكتب جمعا انتهى قال شيخنا ومنه تعلم ان ما مشى عليه العينى من ان السجل الصك أى الصحيفة هو التأويل الثانى انتهى قلت فاضافة الطى الى السجل على التاويل الثانى من اضافة المصدر للمفعول وعلى الاول للفاعل (قوله والمحاضر) المحضر ما يكتب فيه خصومة المتخاصمين وما جرى من اقرار المدعى عليه وانكاره والحكم بالبينة أو النكول وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار والحجة والوثيقة متناولان للثلاثة درر (قوله لانها محال الجرائد) بيان لعلاقة المجاز أى

سماحة لكنت أقدر عليه وكانى بك قاضيا (ولا) ينبغى أن (يسأله) ولا يطلبه (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) اى الظالم مطلقا سواء كان كافرا او مسلما كذا فى الاصل (ومن أهل البغى فان تقلد يسأل ديوان قاض قبله) الذى ان اخذ من ولم يدون الكتب اذا جعلها أن كلما ان تنبه على أن تقلد القضاء نادر غير كائن لا يتقلده الا مغرور (وهو) اى الديوان (الخرائط التى فيها السجلات) والمحاضر وغيرهما من نصب الاوصياء والقيم فى أموال الوقف وتقدير النفقات والصكوك هذا عبارة اذ الديوان هو الجرائد الجرائد ديوانا لانها محال الجرائد

الحالية والمحلية حموى (قوله ونظر في حال المحبوسين) أي في سجن القاضي اما المحبوس في سجن الوالي فعلى الامام أو نائبه النظر في احوالهم فمن رمها دب ادبه والا اطلقه ولا يبيت أحد في قيد الا رجلا مطلوبا بدم ونفقتهم ولبسهم من بيت المال نهر (قوله فمن اقر بحق الخ) وأما قول المعزول فلا يقبل لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما على فعل نفسه زيلعي وهذا يفيد انه لو شهد مع آخر لا تقبل شهادته نهر لكن افتى قارى الهداية بقبولها وتبعه ابن نجيم در ولو قال حبست بسبب سرقة اقررت بها قطع المولى يده واطلقه بكفيل وان قال ببينة لا أي لا يقطع للتقادم نهر وتبعه الحموى وفيه نظر لما سبق في الحدود ان طلب المسروق منه شرط القطع سواء كان الثبوت بالبينة او الاقرار كما ذكره الشارح هناك (قوله نادى مطلقا) سواء كان النداء في محلته أو غيرها أخذ الشارح هذا الاطلاق من عدم تقييد المصنف لكن غيره من الشارحين قيدوا بمحلة المحبوس وهو الظاهر حموى (قوله ينادى كل يوم) عبارة العيني وغيره كالنهر اياما وهو الاولى (قوله فيها) جواب قوله فان حضر حموى (قوله اخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه) والفرق لابي حنيفة بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا أرادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المتحقق وفي هذه المسئلة القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر فيحمل عليه حتى يظهر خلافه زيلعي فان قال لا كفيل لي وجب ان يحتاط نوعا آخر فينادى عليه شهرا فان لم يحضر احد اطلقه نهر (قوله وعمل في الودائع الخ) أي الودائع التي وضعها المعزول في أيدى الامناء حموى (قوله وغلات الوقف) جمع غلة وهي ما يحصل من ريع الاوقاف حموى (قوله أو اقرار) اى اقرار ذى اليد نهر (قوله الا ان يقر ذو اليد الخ) لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر بأنه سلمه اليه بعد ما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره للثاني لانه لما أقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر زيلعي (قوله ويقضى في المسجد) وكذا السلطان والمفتي والفقيه ومستدبر القبلة كخطيب ومدرس خانية قال الحموى هذا مخالف لما تقدم في باب الجنائز من تعليلهم كراهة الصلاة على الميت في المسجد بان المساجد انما بنيت لصلاة المكتوبات فليحرر انتهى (قوله اي يجلس في المسجد) لانه عليه السلام حكم بين المتلاعنين في المسجد ويخرج للحائض او يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة ويختار مسجدا في وسط البلد ولا يحكم وهو ماش او راكب وان اعتراه هم او غضب او جوع او حاجة ولو جماع أهله كف عنه ولا يقضى وهو يدافع احد الاخبثين وكذا لا يقضى حال شغل قلبه ولو بفرح او برد او حر شديد ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا بحر وما في الخلاصة من ان القاضي اذا قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لا يجب عليه انتهى أي لعدم جواز الاستئناف لانه لو جاز لوجب عليه بأمر الامام لان أمره بالجائز يصيره واجبا لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية واجبة ولذا صلى ابو يوسف العيد برأى ابن عباس بسبع في الاولى وخمس في الثانية لان هارون الرشيد أمر أبا يوسف كذا بخطه شيخنا (قوله ويرد هدية الخ) فلو تعذر ردها لعدم معرفته او لبعد مكانه وضعها في بيت المال فان جاء ردت اليه ولو تأذى بردها اعطاه مثل قيمتها والاستقراض والاستعارة كالهدية وتقييده بالرد بالقاضي للاحتراز عن الامام والمفتي فيجوز لهما قبول الهدية واجابة الدعوى الخاصة كما في الخانية زاد في التتارخانية الواعظ وفي التتارخانية من خصوصياته عليه السلام ان هداياه له وهذا يفيد انه ليس للامام قبول الهدية فالمراد بالامام في كلام الخانية امام الجامع نهر وبحر (قوله الا من قريبه) أي المحرم اما في ردها من قطيعة

(ونظر في حال المحبوسين فمن أمر) منهم (بحق أو) قامت عليه بينة بان أنكر (الحق و) قامت عليه بينة لزمه (أي ذلك المحبوس الحبس (والا) أي وان لم يقر المحبوس بحق أو لم تقم عليه بينة (نادى) مطلقا (عليه) أي أمر مناديا ينادى كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر في ذلك أياما وان لم يحضر احد وان لم يحضر فان القاضي على حسب ما يرى (أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار (المعزول) في الودائع ولم يعمل) (بقول المعزول) القاضي (الا ان يقر ذو اليد انه) اى الى ذى هذه المسائل (سلمها اليه) اى قول المعزول) القاضي (قوله) اى قول اليد (فيقبل) (فيهما ويقضى في المسجد) المعزول اى يجلس في المسجد للقضاء (أو داره) والمسجد الجامع اولى وقال مطلقا الشافعي يكره الجلوس في المسجد وقال مالك انما يكره اذا تعمد الجلوس فيه لفصل الخصومات وأما لو كان في المسجد فقدم اليه الخصمان لا بأس بفصل الخصومة فيه (ويرد هديه الا) أن يكون الهدية (من قريبه

الرحم نهر (قوله او ممن جرت عادته) ظاهره يقتضي انه يقبل من القريب وان لم يكن له عادة وفي كلام بعضهم ما يقتضي انه كالاجنبي وله ان يقبلها من السلطان ومن الباشا كان البحر حيث لم يكن لهما خصومة وليس له قبولها من الصنجق نهر وتثبت العادة في الاهداء بمرة ذكره المرسي في قواعده شيخنا عن شيخه (قوله لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها الخ) هذا هو الصحيح في الفرق بين الخاصة والعامة (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء زيلعي (قوله ويسوي القاضي بينهما) لقوله عليه السلام اذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يتجرأ على خصمه وتنكسر همة صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير والاب والابن والخليفة والرعية والدنيء والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضاء هكذا فعل شريح بعلي مع خصمه وخصمه واحد من الرعية فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه فيما يحدث في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه زيلعي فلله در الامام أبي يوسف حيث لم يمل الى احد الخصمين حتى با لقاب الا في قضية الرشيد مع خصمه الذمي مع انه قضى على الرشيد درعن الولوالجية (قوله اي فيهما او من جهتهما) ضمير التثنية في كل منهما يعود على الجلوس والاقبال واشار به الشارح الى ان النصب فيهما يجوز ان يكون بنزع الخافض أي بالفعل بعد نزع الخافض وان يكون على التمييز وفيه ان النصب على نزع الخافض مقصور على السماع ولا ينقاس حموي وبعضهم يقيسه (قوله يريد به تسوية النظر من الجانبين) اشار بهذا التفسير الى ان الاقبال في كلام المصنف ليس مستعملا في معناه الحقيقي حموي (قوله وتلقين حجته) كذا الشهود قال في الخبرية تساعد الشهود المدعي في الخصومة لا تقبل شهادتهم على المدعى عليه (قوله والمزاح معه او مع غيره) في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء واذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبدآه وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها زيلعي (تتمة) لا ينبغي للقاضي ان يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبذلك ورد الاثر عن عمر حموي عن المفتاح وهذا وان ذكره في المفتاح مطلقا الا ان الظاهر انه بالنسبة للاقارب وسيأتي آخر كتاب القاضي الى القاضي ما يشير الى ذلك (قوله واستحسنه ابو يوسف) في النهر عن البزازية والقنية الفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء (قوله في غير موضع التهمة) لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة زيلعي وقوله كاشخاص الغريم هو ارسال الرجل أي المحضر لاحضار الخصم كما في العناية وأما في موضع التهمة كأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وما في الشرنبلالية من قوله يجوز بالاتفاق صوابه لا يجوز كما في العناية وكذا يتعين ان يراد في صدر المقولة على قوله واستحسنه أبو يوسف فيما لا تهمة فيه فيقال أما ما فيه تهمة مثل ان يدعي ألفا وخمسمائة الخ بدليل ما في العناية وأيضا لو كان هذا تمثيلا لما لا تهمة فيه لكان الجواز قاصرا على قول أبي يوسف فدعوى الاتفاق دلت على انه تمثيل لما فيه تهمة (تتمة) اجرة المحضر على المدعي وهو الصحيح بحر عن البزازية وفي الخانية على المتمرد وهو الصحيح درر في ان يقال ما سبق عن الزيلعي من قوله وهذا نوع رخصة رجع اليه بعد ما تولى القضاء الخ يوهم

أو من جرت عادته بذلك) قبل القضاء ولو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته أيضا وكذا الوزان المهدي على المعتاد يرد الزيادة وكذا لو وقعت له خصومة لا يقبل أيضا (و) يرد (دعوة خاصة) أي لا يحضرها الا ان يكون المضيف قريبا له فيجيبه هكذا ذكر الخصاف بالاخلاف وذكر الطحاوي ان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وقال محمد يجيب وانما يجيب الدعوة العامة والصحيح ان المضيف لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها فهي خاصة هذا (ويشهد الجنازة ويعود المريض) من غير المتخاصمين اذا كان المريض من المتخاصمين لا يعوده وأما اذا كان من (و) يسوي القاضي (بينهما) أي بين المدعي والمدعى عليه اذا حضرا جلوسا واقبالا) أي فيهما او من جهتهما يريد به تسوية النظر من الجانبين (وليتق عن مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته والضحك في وجهه (والمزاح) معه أو مع غيره (وتلقين الشاهد) الشهادة ومعناه أن يقول أتشهد بكذا وكذا واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

ان محمدا لم يتول القضاء وليس كذلك فقد نص في لسان الحكام على انه قد تولى القضاء (فـــروع) يصح قضاؤه لمن ولاه وعليه ولا يكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر در عن البدائع وفيه عن التتارخانية الاحوط ان يقول للخصمين احكم بينكما حتى اذا كان في التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما وفيه عن الفتح متى امكن اقامة الحق بلا ايغار صدور كان اولى وهل يقبل قصص الخصوم في مجلس القضاء لا وفي غيره يقبل ولا يعمل بما فيها الا اذا أقر بلفظه صريحا انتهى وقوله بلا ايغار صدور قال في الصحاح الوغرة شدة توقد الحر ومنه قيل في صدره وغر بالتسكين أي ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ انتهى

(فصل في الحبس) لما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وافرده بفصل على حدة لانه اختص باحكام كثيرة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة وأما الاجماع فلان الصحابة ومن بعدهم اجمعوا عليه ولم يكن في زمنه عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان سجن وكان يحبس في المجلس او في المسجد ولما كان في زمن علي بنى السجن وهو أوّل من بناه في الاسلام كما في الزيلعي وكان من قصب وسماه نافعا ونقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيسا وفي ذلك يقول

الا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

وقال في النهر كان الحبس في زمنه عليه السلام وأبي بكر في المسجد او الدهليز حتى اشترى عمر دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذها محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر وعثمان فاتخذه علي والكيس من الكياسة وهي حسن التأني في الامور والمخيس بالخاء المعجمة وبالياء المثناة التحتية وما في النهر والبحر من انه بالتاء المثناة من فوق خلاف الصواب كذا ذكره شيخنا ونقل عن النهاية لابن الاثير ما نصه وفي حديث علي انه بنى سجنا وسماه المخيس بفتح الياء وتكسر والتخييس التذليل والانسان يخيس في الحبس أي يذل ويهان فالمخيس بالفتح موضع التخييس وبالكسر فاعله وصفة الحبس ان يكون في موضع خشن ليس فيه فراش ولا وطاء وهذا يفيد انه لو جيء له بذلك لا يمكن منه كما لا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس الا اقاربه أو جيرانه ولا يمكثون ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل الا للاصول والفروع وعليه الفتوى بحر عن الخلاصة وفيه نظر لان فيه ابطال حق آدمي بلا موجب نهر عن الكمال وكذا لا يخرج لجيء رمضان والعيدين وان مرض مرضا اضناه فان وجد من يخدمه لا يخرج والا اخرج بكفيل وحضرة الخصم ليست شرطا ولا يخرج لمعالجة وكسب بل ولا يتكسب فيه در ولا يمنع من جماع زوجته أو امته ان احتاج اليه وكان فيه موضع يستره ولو له دين اخرج ليخاصم ثم يحبس ولا يغل ولا يجرد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة وعن أبي يوسف انه يؤجر لقضاء دينه الا اذا خيف فراره فيقيد او يحول الى سجن اللصوص ولا يضرب الا اذا امتنع عن كفارة الظهار مع القدرة أو امتنع من الانفاق على قريبه بحر وزاد ما اذا متنع عن القسم بين نسائه بعد وعظه والضابط ما يفوت بالتأخير لا الى خلف درعن الاشباه وفيه عن الوهبانية ان فر ضرب تاديبا وارأى في تطيين الباب الى القاضي فاذا فعل ذلك يترك ثقب يلقى منه الماء والخبز والعبرة في تعيين مكانه لصاحب الحق وينبغي ان لا يجاب لو طلب حبسه في مكان اللصوص ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (قوله واذا ثبت الحق) ولو دانقا وهو سدس درهم در (قوله عند القاضي) ظاهره ان المحكم لا يحبس قال في البحر ولم اره اقول صرح صدر الشريعة بان المحكم يحبس حموي (قوله امره بدفع ما عليه) ينبغي ان يقيد بما اذا لم يتمكن القاضي من الدفع اليه بنفسه كما اذا ادعى عينا في يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن انها هي التي في يده او دينا له عليه وبرهن على ذلك فوجد معه ما هو من جنس حقه كان للقاضي ان يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ويدفعه الى المالك غير محتاج الى امره بدفع ما عليه نهر (قوله هذا اذا ثبت بالاقرار الخ) كذا في الهداية

(فصل) في الحبس (واذا ثبت الحق للمدعي) على المدعى عليه عند القاضي (امره بدفع ما عليه) ولا يحبسه على الفور هذا اذا ثبت بالاقرار فان ثبت بالبينة حبسه كما ثبت (فان ابى) عن الايفاء

لانه فى الاقرار لم يعرف كونه مماطلا فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك يحبس لظهور مطله وفى الثبوت بالبينة يحبس كما ثبت لظهور المطل بانكاره كذا حكى عن الصدر الشهيد وعن السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ماعلمت ان له على دينا الا الساعة فحيث علمت قضيت ولا يتأتى ذلك فى الاقرار قال الزيلعى والاحسن ماذكره هنا يعنى ماذكره المصنف من انه يؤمر بالايفاء مطلقا الخ (قوله حبسه) بطلب المدعى لانه لايحبس بدون طلبه الا فى قول شريح نهر (قوله فى الثمن) قبض المشترى المبيع اولا وسواء كان الثمن على المشترى أو على البائع بعد الفسخ باقالة أو خيار وكذا رأس مال السلم بعد الاقالة وكذا الاجرة لانها ثمن المنافع حموى عن الرمز (قوله والقرض) وكل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كذا ذكره العينى قال شيخنا هذه عبارة القدورى ودخل فيها بدل المغصوب وضمان المتلفات وقول القدورى أيضا وما التزمه بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع انه لايحبس فى هذه المواضع ان ادعى الفقر وهذا هو السر فى عدول المصنف عن عبارة القدورى فما كان ينبغى للشيخ العينى تفويت نكتة العدول بمزجه العبارتين وهو فيما سلكه تابع للزيلعى انتهى (تتمة) اطلق فى القرض فعم مالو كان لذمى أومستأمن ولو كان لهما عليه دين تقاوتا فى قدره فلصاحب الاقل حبسه وليس لصاحب الاكثر اطلاقه بلا رضاه ولو أراد أحدهما اطلاقه بعدما رضيا بحبسه ليس له ذلك نهر عن البزازية (قوله وما التزمه بالكفالة) عم الكفيل وكفيل الكفيل وان كثروا نهر عن البزازية قال وعم الكفالة بالدرك ولم أرها صريحا زاد القلانسى فى تهذيبه وفى كل عين يقدر على تسليمها ليشمل حبسه على العين المغصوبة والامانات اذا امتنع الامين من دفعها غير مدع هلاكها لانها صارت مغصوبة (قوله لافى غيره) فان ادعى فى المهر المؤجل مثلا انه معسر ووجد من يقرضه أوكان له حرفة توفيه فلم يفعلها حبسه الحاكم نهر وهو مقيد بما اذا حل الاجل وقد طالبته به كما فى الهداية والتقييد بقوله ووجد من يقرضه أوكان له حرفة الخ للاحتراز عما اذا لم يكن كذلك حيث لايحبس لان القول له فى دعوى الاعسار وكذا المؤجل بحكم العرف كان تزوجها على الف والعرف تعجيل خمسمائة قبل الدخول وطالبته بالباقى بعد الدخول فادعى الفقر كان القول له كذا بخط شيخنا (قوله كضمان الغصب) والمتلفات وبدل عتق نصيب الشريك ودون النفقات للزوجة أوالقريب واخطأ أصحاب الاختيار اذ جعل بدل الخلع من القسم الاول نهر وانما لايحبس فى هذه الاشياء اذا ادعى الفقر لانه لادليل على اليسار لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه بخلاف الفصل الاول لانه حيث حصل المال فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره درر (قوله غناه) أى قدرته على وفاء الدين (قوله بمارأى) الباء للتعدية وهى ومدخولها متعلقة بمحذوف حال من الضمير المستتر فى فيحبسه وما عبارة عن مدة وعائدها محذوف والتقدير مقدار حبسه بمدة رآها ويجوز حذفه بحيثه مفعولا كذا بخط الشيخ شاهين (قوله مفوض الى رأى القاضى) ولو بوما هو الصحيح بل فى شهادات الملتقط قال أبوحنيفة اذا كان المعسر معروفا بالعسرة لايحبس وفى الخانية لوفقره ظاهرا سأل عنه عاجلا وقبل بينته على افلاسه وخلى سبيله نهر وفى البزازية قال المديون حلفه أنه ما يعلم انى معسر اجابه القاضى فان حلف حبسه بطلبه وان نكل خلاه واقره المصنف وغيره قلت وقدمنا ان الرأى لمن له ملكة الاجتهاد در (قوله يسأل عنه) احتياطا لاوجوبا من جيرانه ويكفى عدل بغيبة دائن وأما المستور فان وافق قوله رأى القاضى عمل به والا لا ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة الا اذا تنازعا فى اليسار والاعسار فلابد من اقامة البينة على الاعسار در ونهر (قوله خلاه) من الحبس جبرا على الدائن نهر بلا كفيل الا فى ثلاث مال يتيم ووقف واذا كان الدائن غائبا ثم لايحبسه للاول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية (فرع) احضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه ان علمه وقدره أخذه أوكفيلا واطلقه در عن الخانية

(حبسه فى الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة لافى غيره) كضمان الغصب وارش الجنايات (ان ادعى المدعى عليه (الفقر) عند الامر بالدفع (الا ان يثبت غريمه غناه) بدليل شرعى (فيحبسه بما رأى) من المصلحة وعن أبى حنيفة انه مقدر بشهر وعنه بأربعة أشهر وبستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى (ثم يسأل عنه) أى يسأل القاضى الناس عن حاله (فان لم يظهر له مال خلاه) بعد مضى المدة

(قوله ولم يحل الخ) أى لا يمنعهم عن ملازمته عند الامام وهو الصحيح وقال يمنعهم لانه منظر بانظار الله وله انه مغيا بقدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل وقت نهر وذكر فى النهر أيضا بيان معنى الملازمة للرجل وللمرأة (قوله ورد البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة نفى فلا تقبل مالم تتايد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل عينى (قوله وبينة اليسار أحق) لانه عارض والبينات للاثبات الا ان يدعى المدعى اليسار وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة تقدم لان معها علما بأمر حادث فتح بحثا قال فى النهر وينبغى ان يكون معنى المسئلة انه بين سبب الاعسار وشهدا به الخ (قوله وأبد حبس الموسر) لانه جزاء الظلم قلت وسيجىء فى الحجر انه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه در (قوله لنفقة زوجته) لانه ظالم بامتناعه وانما يتحقق ذلك فى اليوم الثانى من يوم فرضها أما بمجرد فرضها لا يحبسه أما الماضية المفروضة فلا يحبس عليها وان قضى بها اذا ادعى العسر لانها ليست ببدل مال ولا التزمها بعقد نهر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها در والنفقة الملتزمه بالعقد انما هى النفقة المطلقة كذا بخط شيخنا وبهذا تعلم ما فى كلام العينى من القصور حيث اقتصر فى التعليل لعدم حبسه على النفقة الماضية بقوله لانها تسقط بمضى الزمان انتهى لا قتضائه الحبس عليها اذا كانت مقررة وتراضيا عليها مع انه لا يحبس أيضا اذا ادعى الفقر ولو زاد فى التعليل قوله ولانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد كما فى الزيلعى لم يرد عليه شئ الى هذا أشار الشيخ شاهين (تتمة) حبست المرأة زوجها بمهرها او بدين آخر فقال الزوج للقاضى احبسها معى فان لى موضعا فى السجن تحبس معه لانها لو لم تحبس تذهب حيث تريد وهو المختار لفساد الزمان حموى عن المفتاح (قوله لا فى دين ولده) لانه لا يستحق العقوبة بسببه والمراد بالوالد الاصل وان علا ولو جدا او جدة وبالولد فرعه وان سفل واذا لم يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء والصحيح عندهما يبيع عقاره كذا قوله والعبد لا يحبس بدين مولاه كما لا يحبس مولاه بدينه الا اذا كان مأذونا مديونا فيحبس للغرماء وكذا المكاتب لا يحبس ببدل الكتابة واختلفوا فى حبسه بدين آخر وصحح فى المبسوط عدم الحبس وعليه الفتوى لانه متمكن من اسقاطه بتعجيزه ولا المولى بدين المكاتب ان كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ولا يحبس الصبى بدين الاستهلاك الا تأديبا فان كان له اب او وصى وامتنع من قضاء دينه من ماله حبس والا باع القاضى ماله ووفى دينه ولا تحبس العاقلة فى دية أرش اذا كان لهم عطاء بل يؤخذ منه فان لم يكن لهم عطاء حبسوا ولا يحبس المديون اذا كان له مال غائب او مديون موسر نهر عن البحر وغيره (قوله الا اذا أبى الخ) لانه يمنعها عنه قصدا هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه نهر (قوله اذا كان الولد صغيرا) وينبغى ان يكون البالغ الزمن كذلك نهر والتقييد بالصغير يفهم انه لو كان بالغا فقيرا يحبس اذا امتنع من النفقة عليه مع ان نفقته واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى حموى عن البحر (قوله اشتباه الخ) الاولى ان يقال فيه تناقض قال بعض المشايخ لا اشتباه فى كلام المصنف ولا تناقض لان المراد من قوله هنا ويحبس الرجل لنفقة زوجته النفقة الحاضرة اذا امتنع من الانفاق عليها لا الماضية حموى فالمراد بالنفقة المطلقة فيما سبق هى النفقة الحاضرة (قوله والولد) لكون نفقة الولد مما يلزمه بالعقد نظر حموى

(باب كتاب القاضى الى القاضى)

اعلم ان الكتاب بعلمه كالقضاء بعلمه فى الاصح ولا يقبل كتاب القاضى من محكم بل من قاض مولى من قبل الامام يملك اقامة الجمعة وهل يقبل من قاضى رستاق الى قاضى مصر أو رستاق واعتمده فى منح الغفار والكمال وفى البحر عن السراج اذا كان الكتاب الذى ورد عليه لمن لا تقبل شهادته له كالوالدين والزوجة جاز القضاء به بخلاف ما اذا ترافعوا اليه من غير كتاب انتهى وفى التنوير وشرحه اذا وقع للقاضى حادثة

(ولم يحل) القاضى بعدما حبسه منه
(بينه وبين غرمائه ورد البينة
على افلاسه قبل
لوقامت البينة وقيل تقبل
حبسه) عند الجمهور
اى لوأقام
(وبينة اليسار احق)
المحبوس بينة على عسره واقام رب
المال بينة على يساره فبينة اليسار
اولى وكيفية الشهادة على الافلاس
يحكى عن ابى القاسم انه قال ينبغى
ان يقول الشهود نشهد بانه مفلس
معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته
التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا
امره فى السر والعلانية كذا فى
شرح السيد للهداية (وابد حبس
الموسر) الى ان يدفع المال الى المدعى
(ويحبس الرجل لنفقة زوجته لافى
دين ولده الا اذا ابى) الاب (من
الانفاق عليه) أى على الولد حينئذ
يحبس هذا اذا كان الولد صغيرا
لا مال له واما بدين الولد لان الرجل
يحبس فى دين والده وفيه اشتباه لانه
ما نص ولده فيما تقدم لافى دين ولده ولو
قال فى الاول حبسه فى القرض وما
التزمه بالعقد كالمهر والكفالة لكان
اولى لان نفقة الزوجة واولى من قبيل
ما يلزمه بالعقد
(باب كتاب القاضى الى القاضى

وغيره) اى غير كتاب القاضى اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لانه يتم بقاض واحد وكتاب القاضى الى القاضى لا يتم الا بقاضيين والواحد قبل المتعدد لا محالة وفى السراجية كتاب القاضى الى القاضى فيما دون مسيرة السفر لا يجوز فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضى لا يمكنه الرجوع الى منزله فى يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى (ويكتب القاضى الى القاضى فى) الحقوق كلها (غير حد وقود) ولا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء وعن ابى يوسف انه يقبل فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما وعن محمد انه يقبـــــل فى جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال القاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى ثم الكتاب الى القاضى نوعان احدهما السجل والثانى يسمى بالكتاب الحكمى (فان شهدوا على خصم) اى على خصم حاضر وهو المدعى عليه (حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليرجع على بائعه (وهو المدعو سجلا والا) اى وان شهدوا بغير خصم (لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمى وهو) اى هذا الكتاب (نقل الشهادة فى الحقيقة) والفرق بينه وبين السجل ان السجل لا يكون الا بعد الحكم والكتاب الحكمى لا يكون الا قبـــل الحكم وحكم القاضى فى السجل اذا وقع فى مسئلة مختلف فيها ليس للمكتوب اليه ولاية الرد بل عليه تنفيذه لاتصال الحكم به بخلاف الكتاب الحكمى فانه جاز للمكتوب اليه رده وقد ذكر كيفيته هكذا يكتب قاضى بخارى الى قاضى سمرقند ان فلانا وفلانا شهدا عندى ان عبد فلان المسمى مبارك الذى حليته كذا وكذا أبق من مالكه فلان ووقع بسمرقند فى يد فلان الى آخر الكتاب ويختمه فاذا وصل الى قاضى سمرقند يحضر الخصم مع العبد ويفتحه بشرائطه التى تأتى فى المتن فان لم يكن حليته كما كتب يتركه وان كان فالخصم ان ذهب الى بخارى فيها والا يسلم العبد الى المدعى لا على وجه القضاء ويأخذ منه كفيلا بنفس العبد ويجعل فى عنقه شيئا ويختمه حتى لا يتعرض له احد فى الطريق انه سرق ويكتب الى قاضى بخارى جواب كتابه وانه أرسل اليه العبد واذا وصل اليه الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا فى غيبة العبد ليشهدوا فى حضرته ويشيروا اليه انه ملك المدعى لكن لا يحكم ثم يكتب هو الى قاضى سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره حكم

أو لولده فاناب غيره وقضى نائب القاضى له أو لولده جاز كما لو قضى للامام الذى قلده القضاء او لولد الامام سراجية خلافا للجواهر والملتقط انتهى (قوله وغيره) أراد بالغير قوله وتقضى المرأة الخ نهر (قوله فى الحقوق كلها) أشار بهذا المزج الى أن المستثنى منه محذوف من كلام المصنف حموى واراد بالحقوق كل ما يثبت مع الشبهة كالدين والنكاح والطلاق والعتاق والشفعة والوصية والايصاء والموت والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والاعيان المنقولة والعقار اذا بين حدوده الاربع نهر (قوله غير حد وقود) وهذا بالاجماع الا فى رواية عن مالك انه يكتب فيها أيضا عينى وانما لم يقبل فى الحدود والقود لما فيه من الشبهة زيلعى (قوله ولا يقبل فى الاعيان المنقولة) فى ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة اليها فى الدعوى والشهادة نهر (قوله فى العبيد) لغلبة الاباق فيهم عينى (قوله يقبل فى جميع ما ينقل) والاشارة اليها تحقق عند القضاء من الثانى فاكتفى بها نهر وفى كون القضاء من الثانى او من الاول خلاف حكاه الزيلعى وسيأتى (قوله وعليه الفتوى) للضرورة عينى (قوله وكتب بحكمه) قال الزيلعى انما يكتب السجل حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم نفسه او من يقوم مقامه الا اذا غاب بعد الحكم عليه او جحد الحكم فحينئذ يكتب ليسلم له حقه او لينفذ حكمه انتهى فهذا من الزيلعى صريح فى ان المراد بالخصم اما المدعى عليه او وكيله وانه لو اريد بالخصم المدعى عليه كان الى الكتاب الآخر ما قد علمت من الفوائد فسقط قوله فى الفتح يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من ينصبه القاضى وكيلا عن الغائب يسمع الدعوى والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه نهر فما فى الدرر بعد ان عزا للنهاية ما قدمناه عن الفتح من قوله والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم الخ فيه نظر بقى ان يقال لو أبدل الزيلعى قوله ليسلم له حقه بقوله يستوفى منه الحق لكان أولى (قوله وهو المدعو سجلا) اى الحجة التى فيها حكم القاضى هذا فى عرفهم وفى عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس بحر (قوله وهو الكتاب الحكمى) نسبه الى الحكم باعتبار المآل نهر (قوله جاز للمكتوب اليه رده) يشير الى ما ذكروه من أن المكتوب اليه يحكم برأيه وان خالف رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لانه استحكم بالقضاء عينى وتعبير الشارح بجواز رده اليه يعنى اذا كان مخالفا لرايه يشير الى ما قيل من انه اذا قضى بمذهب غيره نفذ والا لعبر بالوجوب (قوله حليته كذا) ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره فى الاسم والصفة والحلية وفى المقضى عليه وهو الذى فى يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فى جميع ما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعى بل يبعثها مع أمين معه زيلعى (قوله ويجعل فى عنقه شيئا) قال الزيلعى خاتما من رصاص (قوله ويكتب الى قاضى بخارى جواب كتابه) ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فى الكتاب زيلعى (قوله لكن لا يحكم) حكى الزيلعى بقيل بعد ان صدر بأنه يحكم به ونصه فاذا وصل الكتاب الى القاضى وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه أمر المدعى ان يحضر بشهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا

وارسله مع العبد اليه ليحكم القاضي بسمرقند على الخصم و يبرأ الكفيل عن كفالته كذا في الاصيلي ثم يشترط أن يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم واعلام هؤلاء بذكر اسمهم ونسبهم الى أبيهم وجدهم أوقبيلتهم فان لم يذكر اسم الاب والجد لايحصل التعريف الا اذا كان مشهورا باسمه العلم (وقرأ) أي يجب أن يقرأ الكتاب (عليهم) أي يعلمهم بما فيه ان لم يقرأ (وختم عندهم) مطلقا هذا عندهما وعند ابي يوسف لا يشترط شئ من ذلك وقال اذا كان الكتاب في يد المدعي شرط أن الختم شرط وان كان في يد الشهود فالختم ليس بشرط كذا في الاصل (وسلم اليهم) وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون الى المدعي وعن أبي حنيفة انه يسلمه الى الشهود (فان وصل الى القاضي المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) هذا عندهما وعند أبي يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للشهود حيث قال فان شهدوا انه كتاب القاضي الى أن قال ثم ان عدلوا فعلم بهذا انه لا يشترط العدالة للشهود والصحيح انه يفتحه بعد ثبوت عدالة الشهود كذا ذكره الخصاف ثم حضور الشهود عند الفتح غير لازم بل هو احتياط كذا ذكر في ادب القاضي للخصاف (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله) وبعدم اهليته وعن ابي يوسف انه يقبل بعد موته أيضا (وبموت المكتوب اليه) وعزله (الا) أن يبطل بموت المكتوب اليه الا (اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل بموت المكتوب اليه ويقبله من يصل اليه من القضاة بعد موته بخلاف ما اذا كتب القاضي ابتداء كتبت الى كل من يصل اليه فانه لايجوز عندهما خلافا لابي يوسف (لا بموت الخصم) اى لا يبطل الكتاب بموت الخصم ولما فرغ من بيان كتاب القاضي شرع في غيره فقال

حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرأ كفيله وقيل لايحكم له به لان الحكم على الغائب لايجوز الخ (قوله وارسله مع العبد) أى ارسل الكتاب (قوله كذا في الاصيلي) في بعض النسخ الاصل (قوله وقرأ عليهم) أى على من أشهدهم وهم شهود الطريق لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من القراءة عليهم اذ لاشهادة بدون العلم درو عيني ومن شرائطه ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب و يكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به (قوله وختم عندهم) ومن الشروط ان يكون فيه التاريخ فلو لم يكتبه لا يقبل نهر (قوله وعند أبي يوسف لا يشترط شئ من ذلك) وانما الشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه و يكتب القاضي الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره السرخسي والكمال فلا يضر كونه غير مختوم مع شهادة العدل انه كتابه نهر (قوله وعن أبي حنيفة انه يسلمه الى الشهود) هذه الرواية هي التي مشى عليها المصنف وظاهر التعبير بعن انها ليست المذهب حموي (قوله ولم يقبله) أى لم يقرأه والافمجرد قبوله لا يترتب عليه حكم نهر (قوله بلا خصم) هو المدعى عليه ثم ان كان مقرا استغنى عن الكتاب وانما كان حضور الخصم شرط القبول أى قراءته لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة (قوله وشهود) مسلمين ولو كان الكتاب لذمي على مثله لانهم يشهدون على فعل المسلم هذا اذا انكر الخصم انه كتاب القاضي فان اعترف استغنى عن الشهادة بخلاف كتاب الامان في دار الحرب حيث لا يحتاج الى بينة كما في التنوير وشرحه معللا بانه ليس بملزم وفيه عن الاشباه لا يعمل بالخط الا في مسئلة كتاب الامان ودفتر البياع والصراف والسمسار (قوله ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) أى عدالة شهود الطريق (قوله والصحيح الخ) جزم به الزيلعي حيث قال يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم اوسأل من يعرفهم من الثقات فزكوا اما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به انتهى كذا قيل واقول ما ذكره الشارح من الخلاف في اشتراط العدالة والصحيح انها تشترط بالنسبة لفتح الكتاب واما ما جزم به الزيلعي فهو بالنسبة للحكم به وهي مما لا خلاف فيه وحينئذ فعدم اشتراط المصنف العدالة لفتحه لا ينافي جزم الزيلعي بها (قوله ثم حضور الشهود عند الفتح غير لازم) وكذا لا يشترط حضورهم لقبول الكتاب خلافا لظاهر قول المصنف فيما سبق ولم يقبله بلا شهود ولهذا اوله في النهر حيث حمل القبول على القراءة (قوله بموت القاضي الكاتب وعزله) يعني قبل وصول الكتاب الى الثاني أو بعده قبل ان يقرأه عليهم وقال ابو يوسف لا يبطل اما بعدهما فلا يبطل ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض آخر وامضاه جاز لانه صادف مجتهدا فيه وفي النهر اذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذه قاض آخر وان كان في المقضي به استغنى عن ذلك انتهى درر وسيأتي لهذا مزيد بيان (قوله وبعدم أهليته) بجنونه وردته وحده لقذف وعماه والاغماء عليه وكذا فسقه على القول بانه ينعزل به ينبغي ان يقال ما ذكره الشارح كالزيلعي والعيني والبحر في توجيه بطلان الكتاب بموت الكاتب بقولهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة نظر فيه المرحوم الشيخ شاهين بما سيأتي في الشهادة على الشهادة للفرع بلا موت أصله او مرضه او سفره ولهذا علل في الجوهرة بأن كتابه كخطابه في مجلس قضائه و بعزله بطلت اهليته للخطاب الخ (قوله وعن ابي يوسف انه يقبل بعد موته أيضا) الذي في الزيلعي وقال ابو يوسف الخ (قوله فيقبله من يصل اليه من القضاة الخ) ولو وصل الى قاض ولي بعد كتابة المكتوب لا يقبله لعدم ولايته وقت الخطاب تنوير وشرحه (قوله خلافا لابي يوسف) استحسنه كثير من المشايخ زيلعي وفي الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم قال وفي الفتح وهو الوجه الخ (قوله لا بموت الخصم) لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه ولو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان وارثه يقوم مقامه فينفذ له زيلعي و[illegible] يبطل بموت شاهد الاصل خلافا لما في الخانية در و يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة [illegible]

فيه شهادة النساء بحر ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي فهرب الى بلدة أخرى فللقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي واذا أقام شاهدا عند القاضي وسأل القاضي ان يكتب له كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه نهر وقوله ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي فهرب الخ مشكل لانه لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم فكيف يكتب مع عدم فتحه والجواب ان حضور الخصم شرط لفتح الكتاب لاجل الحكم لا لارسال الكتاب الى آخر حموى عن بعض الفضلاء (قوله وتقضى المرأة الخ) لما مر من ان اهليته أهل الشهادة وشهادتها جائزة في غير ما ذكر فكذا قضاؤها الا ان موليها آثم لخبر خاب قوم ولوا أمرهم امرأة والظاهر ان الخنثى المشكل كالمرأة واخبار الشارح بنقصان عقلها لا يفيد سلب أهليتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى ثم هو منسوب الى الجنس جاز في الفرد خلافه ومن حوادث الفتوى ان واقفا شرط الشهادة في وقفه لزيد ثم لولده من بعده فلم يترك بعده الا بنتا فأفتى صاحب البحر باستحقاقها للوظيفة بناء على ان قوله في الفتح في الاوقاف يتعلق بكل من شاهدة وناظرة ونظر فيه في النهر بما يطول ذكره قال واذا عرف هذا فتقريرها في شهادة وقف ابتداء غير صحيح انتهى ورأيت بخط السيد الحموى عن المقدسي موافقة ما في النهر ونصه لقائل ان يقول ان في الاوقاف متعلق بناظرة لا بشاهدة وعلى تقدير تنازع العاملين فيه فالمتعارف في الاوقاف خلاف هذا وهو كون الشاهد فيها ذكرا انتهى ثم نقل عن بعض الفضلاء ما نصه بل الظاهر ان في الاوقاف متعلق بهما لا بناظرة فقط وأما قول المقدسي فالمتعارف الخ فلا يمنع كونها أهلا للشهادة وقول الاصحاب بان شهادتها في غير حد وقود جائزة فكذا قضاؤها صريح في صحة تقريرها في الاوقاف اه وأما تقريرها في نحو وظيفة الامامة فلا شك في عدم صحته لعدم أهليتها احلا فالمسارعة بعض الجهلة من انه يصح وستنيب لان صحة التقرير تعتمد وجود الاهلية وأيضا جواز الاستنابة فرع صحة التقرير وأما سلطنة المرأة او الخنثى فصحيحة قال السيد الحموى وقد ولى مصر امرأة تسمى شجرة الدر جارية الملك الصالح بن أيوب الخ والمختار جواز كونها نبية لا رسولا لبناء حالهن على الستر (قوله في غير حد وقود) في النهر عن الخلاصة لو قضت المرأة في الحدود والقصاص فرفع الى قاض آخر فأمضاه ليس لغيره ان يبطله انتهى (قوله كشهادتها) فانها لا تجوز فيهما للشبهة البداية زيلعي (قوله ولا يستخلف قاض) ولو بعذر بحر عن العناية لانه مفوض اليه القضاء دون التقليد فصار كالوكيل بالبيع أو النكاح ليس له ان يوكل الا باذن فاذا عقد بحضرة موكله او بغيبته فاجازه صح أما الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا أجاز أو حضر لم يصح لان المقصود عبارته نهر عن المنية واذا استخلف من لم يفوض اليه ذلك فقضى الثاني بحضرة من الاول او بغير محضره الا انه أجازه جاز كالوكيل اذا وكل مع عدم الاذن بشرط ان يكون الخليفة اهلا للقضاء لا رقيقا ولا محدودا في قذف ولا كافرا واعلم ان هذا قضاء فضولي ابتداء فيستفاد منه ان الفضولي بلا استخلاف لو قضى وأجازه القاضي صح نهر أيضا واعلم ان الوصي يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية زيلعي قيد باستخلافه قاضيا لان له التوكيل والايصاء بلا اذن الامام والفرق ان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر بحر عن العناية (قوله الا اذا فوض اليه ذلك) صريحا كول من شئت او دلالة كجعلتك قاضي القضاة والدلالة هنا أقوى لان في الصريح يملك الاستخلاف لا العزل وفي الدلالة يملكهما كقوله ول من شئت واستبدل من شئت فان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم تقليدا وعزلا در (تتمة) استخلف المأذون رجلا وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم (قوله يجوز له ان يستخلف) سواء كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه أو لا وهل له الاستخلاف قبل وصوله الى محل ولايته في شرح أدب القضاء انما يصير قاضيا اذا بلغ الموضع الذي قلد فيه القضاء وفيه ينبغي للقاضي ان يقدم نائبه كي يتعرف أحوال الناس ومقتضى

(وتقضى المرأة في غير حد وقود) كشهادتها (ولا يستخلف قاض) على القضاء (الا اذا فوض) الامام (اليه ذلك) اى الاستخلاف فحينئذ يجوز له ان يستخلف

الاول

الاول انه لا يستخلف والثانى انه يستخلف فيحمل على ارسال النائب باذن الخليفة او ان ذلك معروف بينهم نهر وأقول جواز ارساله لتعرف احوال الناس لا يستفاد منه جواز حكمه قبل وصول المرسل ثم رأيت بخط السيد الحموى عن بعض الفضلاء ما نصه ليس المراد محض الارسال انما المراد الارسال على ان يحكم وهو ممنوع الخ وحينئذ فلا يعول على ما أفتى به صاحب البحر من جواز استخلافه قبل وصوله الى محل قضائه (تتمة) النائب يقضى بما شهدوا عند الاصل وبالعكس ولو كان له ولاية القضاء يومين من كل اسبوع فقضى فى غير نوبته واجازه فى نوبته جاز وعلى هذا الوقضى فى غير محل ولايته فأجازه فيها يجوز (قوله بخلاف المأمور بالجمعة) لكونها على شرف الفوات فان كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز لانها انعقدت بالاصل فكان الثانى بانيا فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح زيلعى ونهر وما فى الدرر من ان الخطيب ليس له الاستخلاف ابتداء الا باذن لا اصل له وانما هو فهم فهمه من بعض العبارات وقد صرح العلامة ابن جرباش بان اذن السلطان باقامة الخطبة شرط اول مرة فيكون الاذن منسحبا ولا يشترط الاذن لكل خطيب بحر (قوله حتى لا يملك القاضى الخ) ولا ينعزل بعزله ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله درر عن الزيلعى لكن لا ينعزل الا اذا وصل اليه الخبر كالوكيل وعن الثانى انه لا ينعزل ما لم يأت قاض آخر صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم بزازية من كتاب القضاء (قوله حكم قاض) لم يقل آخر ليعم حكم نفسه نهر عن الايضاح والتقييد به فى التنوير اتفاقى در (قوله أمضاه) وافق رأيه او خالفه بقى على قضائه او مات او عزل لانه نكرة فى سياق الشرط فيعم وليس فى كلام المصنف ما يوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرأيه كما زعم الزيلعى بحر وأيضا ما سيأتى من قوله الا ان يخالف الكتاب الخ صريح فى منع ما ادعاه من الايهام ومعنى امضائه حكمه بمقتضاه والمراد من الحاكم القاضى لا المحكم والمراد من الامضاء الزام الحكم وهذا اذا كان بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حتى لو فات هذا الشرط لا يعد القضاء الا فتوى فيحكم الثانى بمذهبه فالتنافيذ الواقعة فى زماننا غير معتبرة لعدم وقوعها بلا دعوى بحر وشرطه ان يكون القاضى عالما بالاختلاف حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى نهر عن الزيلعى وغيره لكن فى الدرر عن الخلاصة و به يفتى بخلافه الخ ولا يشترط فيه احضار شهود الاصل بل تكفى الشهادة على الحكم وفى البحر لو ارتاب القاضى فى حكم الاول له ان يطلب شهود الاصل قال فى النهر ولم أجده لغيره وهذا كله اذا كان الاختلاف فى المقضى به أما اذا كان فى نفس القضاء ففيه روايتان فى رواية لا ينفذ وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى حينئذ وجد محل الخلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة بحر عن الزيلعى وفيه عن الفتح اذا رأى المصلحة فى القضاء على الغائب او له فحكم فانه ينفذ ولا يفتقر الى امضاء قاض آخر وفى الخلاصة الفتوى على هذا انتهى قال فقد اختلف الترجيح (تتمة) حكم بخلاف مذهبه ناسيا المذهب أو عامدا نفذ عند الامام رواية واحدة فى الناسى وكذا العامد فى احدى الروايتين عنه وعندهما لا ينفذ فى الوجهين قال الزيلعى وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره فى الكافى انتهى فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل وأما الناسى فلانه انما ولى الحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم درر عن الفتح وأما امراء المؤمنين فى زماننا ... صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره درر عن التتارخانية بقى ان يقال ما سبق عن البحر من ان التنافيذ الواقعة فى زماننا غير معتبرة لعدم وقوعها بلا دعوى خالفه العلامة البيرى حيث ذكر عند قول الاشباه الكذب مفسدة محرمة الا فى ثلاثة مواضع ما نصه وزاد مسائل منها وهى السابقة اذا خاف الواقف ان يبطل وقفه قاض فانه يكتب فى صك الوقف وقد قضى به قاض معتبر بانه

(بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز له الاستخلاف بغيره وان لم يأذن الامام لامام الجمعة بالاستخلاف فاذا اذن بالاستخلاف فاستخلف صار المستخلف قاضيا من جهة الامام لا من جهة القاضى حتى لا يملك القاضى الاول عزل الثانى الا ان يقول له الخليفة ولّ من شئت واستبدل من شئت فيملك عزل الثانى (واذا رفع اليه حكم قاض آخر امضاه

كذب لمنع المبطل من الابطال انتهى معزيا للعمادية فتحصل من مجموع كلام البحر والبيرى ان فى المسئلة اختلافا فعلى ماذكره البيرى لا يشترط لصحة الحكم كونه مرتبا على دعوى من خصم على مثله وهذا هو الموافق لمذهب الامام مالك وقد نبهنا على ذلك فيما علقناه على الاشباه (قوله ان لم يخالف الكتاب) الذى لم يختلف فى تأويله السلف در كالقضاء بحل مزنية ابيه أو ابنه أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها بحر أو بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا فانه مخالف لظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولابد من تقييد الكتاب بان لا يكون قطعى الدلالة والا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة اذا كان قطعى الدلالة كفر نهر عن التلويح قال وظاهر كلامهم ان آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هى نص فى المدعى وفيه نظر يظهر مما مر انتهى يريد ما سبق عن التلويح (قوله والسنة المشهورة) كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة در والقضاء بشاهد ويمين فانه مخالف للحديث المشهور البينة على المدعى واليمين على من انكر وقيد بالمشهورة احترازا عن الغريب نهر عن الزيلعى (قوله والاجماع) كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهد فيه والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى وغير المستند يسمى خلافا لا اختلافا قال فى الهداية والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول انتهى وعليه فرع بعضهم ان للقاضى ان يبطل ما قضى به المالكى والشافعى برأيه وانما ينفذ اذا كان قول أحدهما موافقا لقول بعض الصحابة أو التابعين باعتبار انه مختلف فيه فى الصدر الاول لا باعتبار انه قول أحدهما قال فى الفتح وعندى ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك انهم اهل اجتهاد ورفعة نهر (قوله ان كان قولا لا دليل عليه) تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا لا دليل عليه كالقضاء بسقوط الدين اذا مضى عليه سنون واعلم انه لا يلزم من عدم سقوط الدين بمضى سنين سماع الدعوى الا ترى الى ماذكره فى الخلاصة من ان دعواه بعد ثلاثين سنة لا تسمع وفى المبسوط بعد ثلاث وثلاثين اذا كان المدعى والمدعى عليه فى مكان واحد ولم يمنعه من الدعوى مانع وجرى على ما فى المبسوط فى الفواكه البدرية وعلل بان ترك الدعوى هذه المدة مع التمكن يدل على عدم الحق ولا فرق فى ذلك بين العقار والدين وغير ذلك قال الحموى أقول فى صرة الفتاوى نقلا عن فتاوى العتابى انه استثنى الارث والوقف فتسمع الدعوى فيهما بعد مضى المدة المذكورة انتهى (قوله وينفذ القضاء الخ) للنفاذ باطلا شرطان الاول عدم علم القاضى بكذب الشهود فلو علم به القاضى لم ينفذ ذكره فى الفتح الثانى كون المحل قابلا فاذا كانت المرأة تحت زوج أو معتدة ومرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ بحر (قوله بشهادة زور) فى البحر عن القنية ادعى جارية انه اشتراها بكذا أى ادعى كذبا وزورا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما فى شهادة الزور انتهى قال فى البحر فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور انتهى قلت فلو حذف المصنف شهادة واقتصر على قوله وينفذ القضاء بالزور لكان اولى وأما القضاء باليمين الكاذبة فلا ينفذ ولهذا قال الزيلعى ادعت المرأة ان زوجها ابانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضى فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا تسعها الاقامة معه ولا ان تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغى ان يثبت الانشاء على قياس قول أبى حنيفة وجوابه ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضى بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المرأة ادعت الحرمة وعجزت الخ (قوله فى العقود) يشمل عقود التبرعات بحر (قوله والفسوخ) فى ايضاح الاصلاح اراد بالفسخ ابطال العقد باى وجه فيعم الطلاق قال فى البحر وليس بصحيح لان الطلاق لا يبطل النكاح وانما يرفع القيد الثابت بالنكاح فالاولى ان يقال اراد بالفسخ ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق انتهى وأقول فى دعوى عدم الصحة نظر اذ لا مانع من ان يكون كلامه على حذف مضاف وقوله

ان لم يخالف الكتاب) والسنة المشهورة (والاجماع) ان لم يكن قولا لا دليل له ذلك القاضى (وينفذ القضاء بشهادة الزور فى العقود) بان ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد واقام عليها شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح بينهما (والفسوخ

اراد

أراد بالفسخ ابطال العقد أي ابطال حكم العقد (قوله ظاهرا) أي من حيث الظاهر وهو واضح ظاهرا أي فيما بيننا كثبوت التمكين والنفقة والقسم حموي (قوله وباطنا) يعني فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وعندهما لا ينفذ باطنا) لأن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا لأنهما كاذبان فيها وكذا لو كانوا شهدوا بطلاق على ثلاث المرأة شاهدا الزور حكم ولأن القضاء ينقطع المنازعة فيؤثر نفاذا باطنا كان قضاء عندهما وعليه الفتوى على قولهما كذا في البرهان وفي الدرر شرنبلالية ولو فرق القاضي بينهما ظاهرا وباطنا عند الإمام من أن يكون دعوى النكاح من الرجل والمرأة تجحد أو العكس كذا في العيني (قوله لا في الأملاك المرسلة) وهي التي لم يذكر فيها سبب معين لأن في أسباب الملك تزاحما إذ ليس تعيين البعض أولى من البعض وإثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع القاضي فتعين الإلغاء فصدق فيما ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والهبة ولو حذف الفاء لكان أولى إلخ وإنما شهدوا بزور ولذا لم يعتبروا سببه فإنه لا يرد وثبت كالأملاك المطلقة ولا يرد على الفساد فه شهادة زور ظاهرا وباطنا اتفاقا وإن كان الملك ظاهرا تقييد بالأملاك المرسلة إذ القضاء بالنسب بشهادة الزور ينفذ باطنا ويفرع عليه ما في الولوالجية إذا شهدا زورا بأن فلانا ابنه ... له فعلم القاضي بذلك ثبت نسبه ... أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول ولا يحل له أن يرثه ... ومن مشايخنا من قال ينفذ بالنسب شهادة زور لأنه باطنا بالإجماع ومن أصحابنا من قال ... فلان ... حيلة لمن لا وارث له أن يدعي نسب مجهول النسب ... ويقيم شاهدي زور فيقضى له به (قوله يعني لو ادعى) صورته ادعى جارية ... وأقام ... لا يحل له وطؤها بالإجماع حموي ... الولوالجية (قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) وكذا ... في رواية ... لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات ... ملك الغير ... فلا يقتضي أن العقد المفاد ... الأصلان ... في صحة القضاء ... (قوله ولا يقضى على غائب) ولا له أي لا يصح ... قوله عليه السلام لعلي ... حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر ... فمعناه في عدم القضاء ... والمراد إذا ثبت الحق عليه سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعد ما شهد عليه البينة وسواء كان غائبا عن المجلس حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد وأما إذا أقر عند القاضي ثم غاب فله أن يقضي عليه وهو غائب لأن له أن يطعن في البينة دون الإقرار (قوله وقال أبو يوسف ...) لأن إنكاره سمع ... شرط ... البينة حموي (قوله وقال الشافعي يجوز القضاء على الغائب بالبينة) التقييد بالبينة للاحتراز عن جواز القضاء على الغائب بالإقرار لأنه لا خلاف فيه لأنه المختلف فيه للإمام الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأة أبي سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولنا ما سبق ولا حجة له في حديث هند لأنه لم يكن قضاء بل فتوى وإعانة إلا ترى أنها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة ... ويحتمل أن أبا سفيان ... حاضرا ... ذلك المجلس ... واستشكل الشيخ شاهين ... في عدم الفرق في الغائب بين أن يكون غائبا عن مجلس الحكم حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد إلا أن يحمل على ما إذا أقر ثم غاب عن المجلس (قوله لا بحضرة) أفاد به ... أن القاضي إنما يحكم على الغائب والميت بحضرة وكيله وبحضرة وصيه ... الوكيل والوصي ... (قوله كالوكيل والوصي) فاد بالكاف عدم الحصر فإن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين وكذا أحد شريكي الدين وأحد الموقوف عليهم لو كانوا ... واحد ... فيه ... قامت البينة على الوكيل فغاب وحضر موكله أو على العكس أو قامت البينة على المورث فغاب وحضر وارثه أو قامت على وارث فغاب وحضر وارث آخر فهي

هذه الصور يقضى على الذى حضر بتلك البينة اه (قوله سببا لما يدعى على الحاضر) ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر لا تقبل البينة اذا كان الغائب يتضرر ... كما اذا ادعى انه علق طلاقها بطلاق فلان زوجته ... لم تقبل وان كان لا يتضرر تقبل كما اذا علق ... بدخول فلان الدار واقامت بينة انه دخل تقبل ومن المتأخرين من قال تقبل مطلقا منهم على ... زيلعى ان المذهب ان القضاء على غائب بلا نائب لا يصح وعليه الفتوى كما فى المنية والبزازية ومجمع الفتاوى ... ترتيبه على امضاء قاض آخر لكن ... التنوير وشرحه ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ ... من اصحابنا ذكره ... وفيه عن البحر والمعتمد ان القضاء على المسخر لا يجوز الا لضرورة وهى فى خمس مسائل حلف ليوفينه اليوم فتوارى الدائن اشترى بالخيار وتوارى البائع فى المدة واختفى ... كفل بنفسه على ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب المكفول له جعل امرها بيدها ان لم تصل نفقتها غدا فتغيب الخامسة اذا توارى الخصم فالمتأخرون على ان القاضى ينصب ... وكيلا ... وهو قول الثانى خانية ونقل شارح الوهبانية عن شرح ادب القاضى انه قول الكل ... القاضى يتم مدة يراها ثم ينصب الوكيل انتهى وقوله حلف ليوفينه فتوارى الدائن صورها فى البحر ... المديون العتق او الصدقة على عدم قضائه اليوم ثم تغيب الطالب فالقاضى ينصب وكيلا عن الغائب ليقبض الدين الخ لكن ذكر الشرف الدين الغزى انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين ... المديون ... بر فى يمينه على اختيار المفتى به كما ... كثير من كتب المذهب المعتمدة حتى لو لم ... حنث على المفتى به انتهى قلت ولا يخفى ان الصورة الخامسة تصدق بما قبلها من الصور و ... ذلك لا معنى ... نصب المسخر فى عدد مخصوص (قوله كمن ادعى بيتا الخ) اعلم ان مسائل هذا النوع اعنى ان يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر كثيرة ذكر منها فى المجتبى ... ماذكره فى البحر قذف محصنا فقال القاذف انا عبد فبرهن المقذوف ان مولاه اعتقه ... المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما ... كون الغائب يقضى عليه فى هذه المسائل اشكل اذ قياس مسئلة دعوى المرأة على زوجها انه علق طلاقها بطلاق فلان ... عدم القضاء ... ولهذا نقل فى البحر ... عن بعض العلماء ان انتصاب الحاضر خصما عن الغائب فى هذه المسائل ... لا يقضى على الحاضر بشئ ما لم يحضر الغائب وهو القياس الظاهر الا انا نقول عامة الخصومات ... طرف منها بالغائب فلو لم يجعل الحاضر خصما لادى الى ابطال حقوق الناس الخ (قوله ويقرض القاضى) اى استحبابا مال اليتيم من ملئ مؤتمن حيث لا وصى ولو منصوب القاضى لانه ممنوع من التصرف فى ماله مع وجود وصيه فى الصحيح ولم يجد من يقبله مضاربة ولا مستغلا يشترى بحر عن جامع الفصولين وله اخذ المال من اب مسرف ووضعه على يد عدل بحرا يضا عن القنية وله اقراض ... من اللقطة ومال الوقف والغائب وله بيع منقوله اذا خاف التلف ولم يعلم مكانه وان علم فلا وينبغى للقاضى ان يتفقد احوال الدين اقرضهم مال الايتام فان اختل حال احدهم اخذ منه المال لان القاضى وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغنى الا ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء زيلعى (قوله ويكتب الصك) ندبا ليحفظه درلانه لكثرة اشغاله يخاف ان ينساه (قوله لا الوصى والاب) لانهما لا يقدران على استخلاصه عينى (قوله وعن ابى حنيفة الخ) قال شمس الائمة فى الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض وهل يقرض لنفسه قيل له ذلك وعن الحسن عن ابى حنيفة ليس له ذلك عينى (تتمة) ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة لعدم ملكهم حيث كان الدين لغيرهم وفى الدر القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو امر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ

فلا تسمع بعدها الا بأمر الا في الوقف والارث ووجود عذر شرعي امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع
والافلا [illegible] تحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه قضاء الباشا وكتابه الى القاضي
جائز [illegible] من السلطان للقاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزل ويعزر جامع الفصولين وفي
الاشباه لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه الا في ثلاث لريبة ولرجاء صلح اقارب واذا استمهل
المدعي لكن لا ينبغي له ان يباشر الصلح بنفسه بل يأمر به غيره لا يصح رجوعه عن قضائه الا في ثلاث
اذا قضى بعلمه او بخلاف مذهبه او ظهر خطأه فعل القاضي حكم فلو زوج اليتيمة من نفسه او ابنه لم يجز
الا في مسئلتين اذا اذن الولي للقاضي بتزويجها كان وكيلا واذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له اعطاء
غيره امر القاضي حكم الا في مسئلة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف لغيره صح القضاء يحلف
غريم الميت ولو اقر به المريض لا يقبل قول امين القاضي انه حلف المخدرة الا بشاهدين للسلطان
مخالفة شرط الواقف لو غالبه قرى ومزارع ويعمل بأمره وان غاير الشرط ليس للقاضي البيع مع وجود
اب او وصي ومتى باع فللقاضي نقضه لو اصلح الخ وانظر ما المراد من قوله اذا اذن الولي للقاضي الخ هل المعنى
اذنه بتزويجها من نفسه او ابنه بحيث انه لا يملك ذلك اذا اذنه طلق التزويج ثم رأيت في النهر قبيل المهر
من الفصل عند قول المصنف وللوكيل ان يزوج موكلته من نفسه ما نصه فيدما بكونه وكيلا في هذا
الخصوص اي خصوص تزويجها منه لانها لو وكلته ان يزوجها من رجل او ممن شاء لا يملك ان يزوجها من
نفسه الخ فاستفيد منه ان المراد من قوله اذا اذن الولي للقاضي بتزويجها الخ يعني اذنه بتزويجها من نفسه
او ابنه ومنه يعلم ما في عبارة الدر من الايهام واما قوله واذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له اعطاء
غيره فالظاهر ان الاعطاء على معناه الحقيقي وانه لا يمتنع على القاضي بعد ان اعطى لفقير شيئا من
وقف الفقراء ان يأخذه من يده ويعطيه لغيره ولا يحمل على ان المراد من قوله اذا اعطى فقيرا الخ اي
امر باعطائه لانه حينئذ يقع مكررا مع قوله امر القاضي حكم الا في مسئلة الوقف المذكورة الخ ولان الحمل
المذكور غير مناسب للمقام اذ الكلام اولا في فعل القاضي لا في امره

(باب التحكيم)

هو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها
نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فروي انه عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ [illegible]
اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه اجماع الصحابة [illegible]
زيادة لشيخنا لكن نقل محري عن الفتح ان الاستدلال بقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله [illegible] لانه
ليس من هذا القبيل الخ واعلم انه يشترط في المحكم والقاضي ان يكون كل منهما اهلا للقضاء وقت التولية
والحكم بخلاف الشاهد فانه لا يشترط اهليته وقت تحمل الشهادة بل وقت الاداء فقط فلو حكما عبدا
فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في الفتح ويرد لكن في الدرر عن سعدي افندي معزيا
للمبتغى لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح انتهى قلت فعلى هذا انما يشترط الاهلية وقت القضاء فقط
واذا لم تشترط الاهلية للقضاء وقت التقليد فعدم اشتراطها في المحكم وقت التحكيم يكون بالاولى [illegible]
عن صدر الشريعة اتقان للحكم الحبس (قوله حكم) بالتشديد أي فلانا بقرينة قوله اي فوض الحكم اليه
حموي وهو في اللغة جعل الحكم في مالك لغيرك وعرفا تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ
الدال عليه مع قبول الآخر وشرطه من جهة المحكم بالكسر العقل والبلوغ لا الحرية والاسلام [illegible]
تحكيم ذمي ذميا ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء [illegible] (قوله [illegible] الا باجرة
حموي (قوله حكما رجلا) معلوما اذ لو حكما اول من يدخل [illegible] اجماعا كما في الدر [illegible] والعبد

بالفاء في قوله فحكم تفاقي لا قيد حموي وافاد بقوله لو صلح قاضيا جواز تحكيم المرأة والفاسق
لصلاحيتهما للقضاء ولو حكما رجلين فحكم احدهما لم يجز الا ان يتفقا على المحكوم به فلو اختلفا لم يجز بحر
واعلم ان ظاهر كلام المصنف يفيد صحة التحكيم مطلقا وان لم يكن اهلا للقضاء وقته بان كان عبدا او كافرا
ثم عتق او اسلم قبل حكمه فيوافق ما سبق عن المبتغى ولا ينافيه قول المصنف لو صلح قاضيا ولهذا جعل
الشارح المستتر في قوله صح عائدا الى الحكم وفرع عليه فقال فلا يجوز حكم العبد الخ والاولى ولا يجوز
تحكيم العبد (قوله في غير حد وقود) لان تحكيمهما بمنزلة صلحهما ولا يملكان دمهما ولهذا لا يباح
بالاباحة وكذا لا ولا ينفذ على العاقلة فلا ينفذ حكمه عليها ولا على القاتل بالدية لمخالفة النص فكان باطلا
لان الدية تجب على العاقلة لا القاتل زيلعي واراد بالنص قوله عليه السلام قوموا فدوه وما في الكتاب
من منعه في القصاص هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في الفتح وما في المحيط من جوازه فيه باعتبار انه من
حقوق العباد ضعيف لان القصاص لم يتمحض حقا للعبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وان كان
الغالب حق العبد بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي الى القاضي وكذا ما اختاره السرخسي من
جوازه في حد القذف ضعيف بالاولى لان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح ولم أر حكم التحكيم
في اللعان مع انه يقام مقام الحد بحر واقول نقل حموي عن البرجندي ان المحكم ليس له ان يلاعن
بين الزوجين انتهى فان قيل مقتضى قول المصنف في غير حد وقود انه اذا حكم بفسخ اليمين المضافة ينفذ وبه
صرح في البحر عن اول الخيبة ونصه حكم الحكم بفسخ اليمين المضافة الصحيح انه ينفذ لانه فيما بينهما بمنزلة
القاضي المولى وان كانا يفترقان في شيء آخر لكن هذا يعلم ولا يفتى به انتهى قال ومعنى قولهم لا يفتى به
لا يجيب المفتي بالحل لا بالكتب ولا باللسان بل يسكت كما افاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا
ولا نفتي به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتي يجيب بعدم حله (قوله ورضيا) أي بحكمه احترازا
عما لو حكماه مكرهين على ذلك وليس المراد رضاهما بحكمه حموي (قوله صح ذلك الحكم) لان لهما ولاية
على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما زيلعي (قوله ولكل الخ)
لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل الحكم عيني وينفرد احدهما بنقض التحكيم بعد وقوعه
كما ينفرد احد العاقدين في مضاربة وشركة تنوير وشرحه وقوله بعد وقوعه اي بعد وقوع التحكيم قبل
ان يصدر منه الحكم (قوله لزمهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل
لا يبطل حكمه فكذا هذا عيني واشار الى انه لا يتعدى حكمه الى غيرهما فلو حكماه في عيب مبيع فقضى
برده ليس للبائع ان يرده على بائعه الا برضاه فتح (قوله امضى القاضي الخ) لانه لا فائدة في نقضه ثم فائدة
هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه ولو اخبر هذا الحكم باقرار احد الخصمين
او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية
عيني (قوله والا) اي وان لم يوافق مذهبه بان حكم بقول ابي يوسف مثلا والقاضي يرى قول ابي حنيفة
ابطله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عليه قال المقدسي وقد يقال يكفي عدم العمل به حموي وقول المقدسي
يكفي عدم العمل به اي فلا يشترط ان يقول القاضي ابطلت حكمه لانه اذا لم يعمل به وقضى برأيه تضمن ذلك
ابطاله وان لم يصرح به واقول لا مانع من ان يكون المراد من قول المصنف والا ابطله اي لم يعمل به بأن
يحكم برأي نفسه (تتمة) الحكم كالقاضي الا في مسائل عد في البحر منها سبعة عشر منها وارتد انعزل
فاذا اسلم احتاج لتحكيم جديد بخلاف القاضي در (قوله كحكم القاضي لهؤلاء المذكورين) الا اذا ورد
عليه كتاب قاض لمن لا تقبل شهادته له فيجوز قضاؤه وحرر الشرنبلالي صحة قضاء القاضي لام امرأته
ولامرأة ابيه ولو في حياة امرأته وابيه در
(مسائل شتى) اى متفرقة وهو جمع شتيت كجرحى وجريح وهو المتفرق وهو هنا مرفوع على الوصفية
للمسائل واذا قلت جاء القوم شتى يكون نصبا على الحال اى متفرقين عيني (قوله لا يتد) من وتد

(العاقلة)
... غير حد وقود ودية على
... ورضيا (صح) ذلك الحكم
... قاضيا) فلا يجوز حكم
لو صلح الحكم ... والكافر
العبد والذمي والمجنون ونحوها وانما
وحدود في القذف ... لو قضى
... على العاقلة ... بالدية
بالدية على القاتل ... (ولكل
... حكمه) ... حكمه
... ان ... حكم ... وافق ... حكمه
... (امضى القاضي ... وابطله
... القاضي مذهبه ... ولده
... اي حكمه الحكم لهؤلاء
وزوجته كحكم القاضي) اي حكمه
المذكورين (بخلاف حكمه) من كتب
... مسائل شتى)
القضاء اذا ... الحكم ... والسعل
... (لا يتد

يتدمن باب ضرب عيني وفي البحر عن المعرب وتد الوتد ضربه بالميتدة وفي البناية انه كالخازوق وهو القطعة من الخشب او الحديد يدق في الحائط يعلق عليه شئ (قوله ذو سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو (قوله ولا ينقب كوة) بفتح الكاف او ضمها وبتشديد الواو وجمع المفتوح كوات والمضموم كوى بالمد والقصر والعلو بكسر العين وضمها مع سكون اللام وتستعار الكوى لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول (قوله بلا رضا صاحب العلو) لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالراهن ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدي ولذي العلو أن يبني ثم يرجع بما انفق اذا بنى باذنه او اذن قاض والا فبقيمة البناء يوم بنى درلا يوم الرجوع بحر وله منعه من السكنى حتى يدفع زيلعي والسكنى مثال فكذا الاستغلال بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحد الشريكين بدون اذن الآخر لم يرجع بشئ لانه ليس بمضطر اذ يمكنه البناء فيما يخصه من العرصة بعد القسمة الا اذا كانت صغيرة لا ينتفع بها بعد القسمة فانه يرجع بالقيمة لكونه مضطرا حينئذ ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ماشاء مالم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية واختاره في العمادية وافتى به قاري الهداية حتى يمنع الجار من فتح الطاقة استحسانا وظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه افتى ظهير الدين وابن الشحنة ووالده ورجحه في الفتح وفي المجتبى وبه يفتى واعتمده المصنف ثمة فقال وقد اختلف الافتاء وينبغي ان يقول على ظاهر الرواية قلت وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون وبقي ما لو اشكل هل يضر ام لا وقد حرر محشي الاشباه المنع قياسا على مسئلة السفل والعلو انه لا يتد اذا اضر وكذا ان اشكل على المختار للفتوى كما في الخانية قال المحشي فكذا تصرفه في ملكه اذا اضر او اشكل يمنع وان لم يضر لم يمنع در (قوله وعندهما يصنع الخ) قيل ماحكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا مافيه ضرر مثل ماقالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى على أصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالراهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه زيلعي ثم قال ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بئرا عند أبي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر انتهى وانما كان له ذلك عند أبي حنيفة وان تضرر صاحب العلو لانه تصرف في خالص حقه اذ لم يتعلق بالساحة حق صاحب العلو فظهر الفرق (قوله وعلى هذا الخلاف الخ) ظاهره ان الخلاف بين الامام وصاحبيه وليس كذلك وانما الخلاف بين المشايخ على قياس قول الامام وصاحبيه كما في الولوالجية حموي (قوله ان يبني على علوه الخ) كأن يحدث كنيفا او يضع جذوعا (قوله لا يهدم بالطريق الاولى) ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه زيلعي فالسفل كالرهن في يده ولا يشبه الحائط لان أرضه تقسم أما السفل فلا وسقف السفل بكل لانه لصاحب السفل ولصاحب العلو سكناه شيخنا عن منية المفتي (قوله ولا يشبه الحائط) أي اذا انهدم الحائط المشترك فبناه أحدهما بدون اذن الآخر لم يكن له الرجوع عليه بشئ لان ارضه تقسم فلم يكن مضطرا بخلاف ما اذا انهدم السفل فبناه صاحب العلو بدون اذنه فانه يرجع بالقيمة لكونه مضطرا كما سبق (قوله رائغة مستطيلة) اي نافذة كانت او غير نافذة بخلاف الثانية فانه لابد من تقييدها بكونها غير نافذة وقيل لابد من تقييد الاولى بكونها غير نافذة أيضا ولكن اكثر الكتب على عدم تقييد الاولى به عيني (قوله أي سكة) الصواب ان يقال أي سكة مائلة حموي وأقول لا حاجة للتصويب اذ قول الشارح من زاغت الخ يفيده (قوله سميت بالزائغة لميلها الخ) فيه ايماء الى مافي البحر عن التهذيب من ان الزائغة هي الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم (قوله يتشعب) أي يتفرع

ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضا صاحب العلو) مطلقا عند ابي حنيفة سواء كانا مضرين اولا وعندهما يصنع ذو السفل مالا يضر العلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه مالم يكن قوله يخصص الوتد والنقب اشارة الى انه لا يهدم بالطريق الاولى عنده (زائغة) أي سكة من زاغت الشمس مالت سميت بالزائغة لميلها من طرف الى طرف (مستطيلة يتشعب عنها مثلها) في الاستطالة (غير نافذة) منتهى

كما ذكره العينى فهو بالمثناة الفوقية (قوله لا يفتح الخ) لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم فى الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص ألا ترى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى عينى أى لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة بحق الشركة فى الطريق اذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شرنبلالية (قوله أهل الاولى الخ) بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا فى الاولى لان له حق المرور رفيها بحر (قوله من فتح الباب) لان له رفع جداره كله فله رفع بعضه بحر (قوله والصحيح انه يمنع من الفتح) لانه بعد تركيب الباب يدعى حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به زيلعى (قوله بخلاف المستديرة) لانها كساحة مشتركة در وهذا اذا كانت المستديرة غير نافذة بدليل قول الشارح هذا اذا كان مثل نصف دائرة او أقل ولولاه لكان عدم التقييد بعدم النفاذ أولى وهذا هو السر فى تقييد العينى تبعا للزيلعى المستديرة بعدم النفاذ لكن لم يذكر كل منهما ما ذكره الشارح أعنى ما يترتب على التقييد بعدم النفاذ وهو قوله هذا اذا كان مثل نصف دائرة الخ بل اقتصرا على ذكر محترز القيد فقالا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور انتهى مع ان جواز فتح الباب فى النافذة يكون اولويا فصنيع الشارح متجه (قوله فى الاولى يكون له فتح الباب دون الثانية) والفرق ان فى الاولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فانه اذا كان داخلها أوسع من مدخلها تصير موضعا آخر غير تابع للاول شيخنا عن صدر الشريعة (قوله وسلمها) تقييده بالتسليم للاحتراز عن دعوى الهبة المجردة عن التسليم فانها لا تسمع لعدم صحتها فلا يترتب عليها سؤال البينة لان الهبة من غير تسليم لا تفيد ثبوت الملك وأما دعوى الشراء بعد الهبة فانها مسموعة مطلقا سواء ادعاه بعد الهبة مع التسليم او بدونه حتى لو أقام البينة على الشراء قبلت ان أمكن التوفيق بجعل الشراء بعد وقت الهبة والا فلا لوجود التناقض بان ادعى الشراء بعد الهبة فشهد الشهود به قبلها والحاصل ان التقييد فى كلام الشارح بالتسليم لا للاحتراز عن دعوى الشراء بعدما ادعى الهبة بدون تسليم بل للاشارة الى ان دعوى الهبة انما تصح بحيث يترتب عليها طلب اقامة البينة اذا صححها بدعوى التسليم أيضا (قوله حين تقدح منها) لو حذفه لكان اولى اذ لا فرق فى ذلك بين ان يقول جحدنى الهبة اولا زيلعى (قوله قبل الوقت) قيد بذكر التاريخ لما انه لو لم يذكرهما تاريخا وذكر لاحدهما فقط يقبل لامكان التوفيق بان يجعل الشراء متأخرا قال فى الدر والاكتفاء بامكان التوفيق مختار شيخ الاسلام من اقوال أربعة واختار الخجندى انه يكفى من المدعى عليه لا من المدعى لانه مستحق وذا الدافع بالظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق بزازية انتهى (قوله لا يقبل) لوجود التناقض وعدم امكان التوفيق وهل يشترط كون الكلامين عند القاضى او الثانى فقط خلاف و ينبغى ترجيح الثانى در عن البحر وفى البحر التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره و يرتفع التناقض بتصديق الخصم و برجوع المتناقض عن الاول بان يقول تركته وأدعى بكذا و بتكذيب الحاكم كما اذا استحق المبيع من المشترى بالحكم يرجع على البائع بالثمن وان كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه لكن لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا وكما يكون التناقض من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورث ووكيل وموكل والاولى فى البزازية ولم أر الآن الثانية صريحا وهى ظاهرة من الاولى الخ وفى هذا دلالة ظاهرة على ما نقله الشيخ حسن فى رسالته الابراء عن فتاوى الشيخ الشلبى حيث حكى الاجماع على ان دعوى الوارث لا تسمع فى شئ لا تسمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حيا فادعى كما اذا أقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراء عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده الخ واذا عرف هذا فى الابراء فكذا فى غيره من بقية الموانع كما لو ترك الدعوى فى حق لا من جهة الارث حتى مضى خمسة عشر سنة فمات لا تسمع دعوى وارثه لقوله لا تسمع الدعوى بعد خمسة عشر سنة الا فى الارث يحمل على ما اذا لم يمض الخمسة عشر سنة قبل موت مورثه (قوله للبائع ان يطأها) لان المشترى لما جحد الشراء كان ذلك فسخا

منه

(لا يفتح اهل) الزائغة (الاولى) من (ه) اى الزائغة حائط دارهم (بابا) فلهم المنع من المرور المتشعبة (بابا) والصحيح انه يمنع من فتح الباب لا من المرور واما الفتح ثم هذا اذا فتح بابا للمرور اذ فتح للاستضاءة او الريح لا يمنع والمراد بقوله غير نافذ لان المتشعبة لو كانت نافذة صورته هكذا ٣ (بخلاف لا يمنع اهل الزائغة الاولى المستديرة) اى ان كانت الزائغة المستديرة فاذا تصل طرفاها الاخرى مستطيلة يجوز ان يفتح بابا اى بالمستطيلة هذا اذا كانت مثل نصف دائرة واقل حتى لو كانت اكثر من ذلك لا فتح فيها اذا تصور وجود بيتين الاولى كما يكون له فتح الباب دون الثانية (ادعى دارا) رجل انه (وهبها له) وسلمها اليه ان ذا اليد (انكرها) ثم سكت زمانا وذكر (فى وقت) من هبتها يعنى طالب (فسئل البينة) من المدعى على دعواه لنفسه القاضى البينة (فقال) المدعى لم تكن لى بينة على الهبة ولكن لى بينة على الشراء هذه منه وذلك لانى طالبت المدعى عليه فى حق الهبة ملكى بطريق الهبة والتسليم منه هذا بان التصرف فى هذه الدار لانها (حين جحدها) المدعى عليه فاضطررت الى شرائها بدراهم منه (واشتريتها) من الواهب (وبرهن) على الشراء قبل الوقت اى يدعى فيه الهبة كشعبان (لا يقبل) البرهان ولا يعتد به (وان قال بعده) كشوال (يقبل) وفى منية لا تشترى بمعنى دعوى تلك الدار بدرهم (وان ذكر) الآخر وقال اشتريت (للبائع ان يطأها)

منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهة فاذا ساعده البائع ترك الخصومة واقترن تركه بفعل يدل على الرضاء بالفسخ كامسا كها ونقلها الى منزله تم الفسخ فحل له وطؤها يعني بعد الاستبراء ان كانت في يد المشتري حموي عن الشلبي بحثا وله ان يردها على بائعه ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا أقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان يردها على بائعها الا انه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرده مطلقا أي ولو قبل تحليفه لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا عكس حمله على البيع زيلعي ودرر واعلم ان المقيد بالظرف في قوله ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك يحترز به عما لو كان له علم بالعيب قبل بيعها من المشتري الذي جحد الشراء حيث لا يكون له ردها بالعيب بعده لان اقدامه على بيعها بعد العلم به امارة الرضاء به وبهذا التقدير تعلم ما في كلام بعضهم حيث اقتصر على قوله وللبائع ردها بالعيب القديم بعد ذلك ولم يقيده بقوله ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك فأوهم ان له الرد بالعيب سواء علم به قبل بيعها من المشتري الذي جحد الشراء او بعده وليس كذلك (قوله ان ترك الخصومة) اختلف في معنى ترك الخصومة فقيل يكتفي بالقلب وقيل يشهد بلسانه على ماذكر وعليه ذكرهما في المحيط بحر (قوله ثم ادعى انها زيوف الخ) عبر بثم الدالة على التراخي وعدم الوصل ليعلم الحكم في الوصل بالاولى لانه اذا صدق في المفصول ففي الموصول بالاولى (قوله او نبهرجة) صوابه بنهرجة بتقديم الباء على النون كما يستفاد من المغرب حموي (قوله صدق مع يمينه) سواء قال ذلك موصولا او مفصولا زيلعي معللا بان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه انتهى (قوله لانه لو قال ستوقة لا يصدق) مفصولا وأما موصولا يصدق في الكل فالتفصيل في المفصول فقط كما في البحر خلافا لما يظهر من اطلاق كلام الشارح وانما لا يصدق اذا ادعى انها ستوقة مفصولا لان اسم الدراهم لا يقع عليها حتى لا يجوز التجوز بها لغلبة الغش عليها وقيل هي صفر مموهة بخلاف الزيوف والنبهرجة والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان زيلعي فعلى كل قول لم يعتبر في الزيوف والنبهرجة غلبة الغش كما اعتبر ذلك في الستوقة وهي بفتح السين كما في الفتح ونقل الشيخ شاهين عن شرح المجمع جواز الضم أيضا (قوله ولو أقر بقبض الجياد أو بقبض حقه الخ) ظاهره انه لا يصدق اذا ادعى انها زيوف او نبهرجة مطلقا مفصولا كان او موصولا وهو مسلم بالنسبة لما لو أقر بقبض الجياد وكذا لا يصدق أيضا في اقراره بقبض حقه أو بالاستيفاء أو بقبض الثمن في المفصول فقط كما في الزيلعي ونصه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعوى الزيوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما اذا أقر انه قبض الثمن او حقه أو استوفى ثم ادعى انها زيوف ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا يصدق ووجه الفرق ما بيناه شيئا من الفرق ان قوله قبضت مالي عليه أو حقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد نص على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا انتهى ووقع للعيني من الخلل نظير ما وقع للشارح فليتنبه له (قوله فلا شيء عليه) لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فيبقى على حاله فيعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا زيلعي

٣ صورة الزائغة المستطيلة المشععة

باب | باب

دار | دار

صورة الزائغة المستديرة المشععة

باب | باب

دار | دار

قوله ... انه اذا ... في القاموس انه بتقديم الباء

ان ترك) البائع (الخصومة ومن انكر بقبض عشرة) من فلان (ثم ادعى انها زيوف) او نبهرجة (صدق) مع يمينه وانما قيد بالا نه لو قال انها ستوقة لا يصدق ولو اقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بالاستيفاء ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق (ومن قال لآخر لك على الف فرده) بان قال المقر له لا شيء لي عليك (ثم صدقه فلا شيء عليه) اي على المقر ما لم يثبت بالبينة او بالاقرار بعد الرد (ومن ادعى على آخر مالا فقال) المدعى عليه (ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعى على الف وهو) اي المدعى عليه

قيد بكون التصديق بعد الرد لانه لو قبل الاقرار اولا ثم رده لم يرتد وكذا الابراء عن الدين وهبته لانه بالقبول قد تم وكذا اذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وان رده قبل القبول ارتد كما في الاسعاف وقيد بالاقرار بالمال احترازا عن الاقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء لانها لا ترتد بالرد بحر عن البزازية وشرح المجمع وفيه عن القنية كل شئ يكون لهما جميعا اذا رجع المنكر الى التصديق قبل ان يصدقه الآخر على انكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شئ يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والاقرار لا ينفعه اقراره بعده انتهى وكان الظاهر أن يقول لا ينفعه رجوعه الى التصديق (قوله برهن على القضاء الخ) اطلقه فشمل ما اذا قضى بالمال ثم ادعى الايفاء كما في الملتقط فالدفع بعد القضاء صحيح الا في المسئلة المخمسة كما سيأتي وقيد بدعوى الايفاء بعد الانكار اذ لو ادعاه بعد الاقرار بالدين فان كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الايفاء بعد الاقرار يقبل لعدم التناقض بحر عن خزانة المفتى (قوله وعند زفر لا يقبل) لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى و يبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وأشار المصنف الى انه لو ادعى القصاص على آخر فأنكر فبرهن المدعى ثم برهن المدعى عليه على العفو أو الصلح عنه على مال يقبل وكذا في دعوى الرق كما في الزيلعي يعني ادعى الرق فأنكر المدعى عليه فبرهن المدعى انه رقيقه وبرهن بعده المدعى عليه على الصلح عن دعواه الرق أو على انه اعتقه شيخنا (قوله ولو زاد ولا أعرفك لا يقبل) ومثله ما رأيتك در لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير أن يعرف أحدهما الآخر عيني (قوله وذكر القدوري الخ) لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته ولو قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك تقبل بينته لان التناقض من المدعى عليه لا يمنع صحة الاقرار من المدعى زيلعي بقليل زيادة لشيخنا بخطه والشغب بالتسكين و يحرك وقيل لا تهييج الشر (قوله وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل) قائله الكافي كما ذكره العيني وقوله في هذا الفصل اى فصل المحتجب والمخدرة (قوله باتفاق الروايات) لان تحقق الابراء لا يتوقف على المعرفة بحر (قوله من المدعى عليه) كذا في النسخ وقد ضرب ابن المؤلف على هذه الكلمة أعني كلمة عليه قال السيد الحموي والذي يظهر انه لا صحة لها كما هو ظاهر (قوله لم تقبل بينة البائع) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد أنكره فيكون مناقضا عيني (قوله وعند أبي يوسف يقبل) الذي في العيني والزيلعي وعن أبي يوسف يقبل لان التوفيق ممكن بأن لم يكن باعها هو وانما باعها منه وكيله وابرأه عن العيب الخ (قوله و يبطل الصك بان شاء الله) أي يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل زيلعي لان الصك بمنزلة الكلام باعتبار كونه حكاية لكلام وقع شيخنا (قوله يبطل الذكر كله قياسا) لان الكل كشئ واحد بحكم العطف وظاهره ان القياس هنا راجح على الاستحسان لمشى المصنف عليه وذكر في الفتح ان الاستحسان هنا راجح على القياس حموى والذكر بمعنى المذكور فهو مصدر أريد منه اسم مفعول (قوله حتى يفسد الشراء والخلاص) فيه ان ضمان الخلاص باطل بدون قوله ان شاء الله وانما ذكره ليفيد ان الاستثناء ينصرف الى الكل وان كان فاسدا فكيف اذا كان صحيحا بحر وأجاب شيخنا بأنه ليس المراد من الخلاص خلاص المبيع وانما المراد به ضمان الدرك فمعنى فعليه خلاصه أي خلاص ثمنه من البائع اذا استحق المبيع ومثل ما في الشرح في الزيلعي والعيني (قوله وعندهما الشراء جائز) اذ الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل يكون مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة عيني واتفقوا ان الفرجة كفاصل

السكوت

(برهن على القضاء) بالالف (او
الابراء قبل) برهانه وعند زفر
لا يقبل (ولو زاد) المدعى عليه على
قوله ما كان لك على شئ قط
(ولا اعرفك لا) يقبل ذكر
القدوري عن اصحابنا في هذه المسألة
ان بينته على القضاء تقبل ايضا وقيل
تقبل البينة على الابراء في هذا
الفصل باتفاق الروايات (ومن ادعى
على آخر انه باعه امته) من المدعى
عليه (فقال) الآخر (لم ابعها منك
قط وبرهن) المدعى (على الشراء
فوجد) المشترى (بها عيبا) كالاصبع
الزائدة واراد ردها (فبرهن البائع
انه) أى المشترى (برئ اليه) أى البائع
(من كل عيبه لم تقبل) بينة البائع
عندهما وعند أبي يوسف تقبل
(ويبطل الصك بان شاء الله) وأبطلا
لا الجملة حتى اذا كتب صك
آخره
الشراء وكتب في أسفله وما أدرك فلانا
من درك فعلى فلان خلاص ذلك
وتسليمه ان شاء الله يبطل الذكر كله
حتى يفسد الشراء والخلاص عنده
وعندهما الشراء جائز وقوله ان شاء
الله ينصرف الى قوله فعلى فلان
الخلاص استحسانا (وان مات ذمى
فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى
الميراث (وقالت الورثة أسلمت قبل
موته) ولا ميراث لك

السكوت وعلى انصرافه للكل في جمل عطفت بالواو واعقبت بشرط والحاصل كما في البحر انهم اتفقوا على ان المشيئة اذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله الحرام ان شاء الله ينصرف الى الكل فشى أبو حنيفة على حكمه وهما اخرا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة ولهذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا في الفتح وظاهره ان الشرط ينصرف الى الجميع وان لم يكن بالمشيئة وفي وكالة البزازية وعن الثاني قال امرأته طالق وعبده حر وعليه المشي الى بيت الله ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان لكله لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال انتهى وأما الاستثناء بالا واحدى أخواتها فينصرف الى الاخير كما علم في آية رد شهادة المحدود في القذف فلو اقر لاثنين بمالين واستثنى شيئا كان من الاخير الا بقرينة كما لو اقر بمالين كمائة درهم وخمسين دينارا الا درهما انصرف الى الاول استحسانا واما الاستثناء بان شاء الله بعد جملتين ايقاعيتين فاليهما اتفاقا و بعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فاليهما عند محمد وعند أبي يوسف الى الاخير واتفقوا على انصرافه الى الاخير في غير العطف وفي المعطوف بعد السكوت كما في ايضاح الكرماني وفيه من الايمان اذا عطف على يمينه فيما فيه تشديد على نفسه صح فلو قال ان دخلت الدار فانت طالق وسكت ثم قال وهذه الاخرى دخلت الثانية في اليمين بخلاف وهذه الدار الاخرى ولو قال هذه طالق ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا في العتق انتهى شيخنا (قوله فالقول لهم) ويحلفون على نفي العلم لا انهم يحلفون على البتات (قوله فالقول الاخرى) ويحلفون على نفي العلم حموي وانما كان القول لهم لان سبب الحرمان ثابت للحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال وقيد بما ذكر لان امرأة الميت المسلمة لو قالت مات زوجي وهو مسلم وهذه داره ميراث لي ولو قال ولده وهم كفار بل مات كافرا وصدق اخو الميت المرأة وهو مسلم قال في الحرانه قضيت للمرأة وللاخ دون الولد وفيه لو مات رجل وأبواه ذميان فقال ابناه كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الابوين انتهى وحاصله انهم اذا اختلفوا في موت الميت على الاسلام أو الكفر فالقول لمن يدعي انه مات على الاسلام وعلى هذا لا يحتاج الى تصديق الآخر ويكفي دعوى المرأة انه مات مسلما والاخ الفرق بحر (قوله وعند زفر القول لها) لان اسلامها من الحوادث والاصل فيها اضافتها الى اقرب الاوقات وهو ما بعد الموت واشار بكون الزوج ذميا الى انه لو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ولا تحكيم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا بحر عن الهداية وفيه عن جامع الا كمل مات ذمي وله ابنان أحدهما مسلم وبرهن على ان اباه مات مسلما والآخر على انه مات كافرا قضي بالميراث للمسلم وان كان شهوده من اهل الذمة وشهود الكافر من المسلمين الخ (قوله دفع المال اليه) اى وجوبا لاقراره ان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك والفرق ان استحقاق الاخ مشروط بعدم الابن بخلاف الابن فانه وارث على كل حال والبنت والاب والام كالابن وكل من يرث في حال دون حال فهو كالاخ وقيد بقوله لا وارث له غيره لانه لو قال له وارث غيره ولا ادري امات اولا لا يدفع اليه شيء لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة بقول لا نعلم له وارثا غيره وأشار بالوديعة الى ان المديون اذا قال هذا ابن دائني فانه يؤمر بالدفع اليه بالاولى وقيدنا بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشتري منه فانه لا يدفعها اليه لما فيه من ابطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف ما اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه اذ الديون تقضى بأمثالها فلو دفع الى الوكيل في الوديعة قيل لا يستردها لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه وكان ينبغي أن يستردها لبطلان اقراره في حق المالك والحفظ واجب عليه فكان بالدفع متعديا ولهذا كان

(فالقول لهم) ولا ترث الزوجة وان
(فالقول لها) وان قال المودع ان
زفر القول لها
(هذا ابن مودعي ولا وارث له غيره
دفع المال اليه) أى أمره القاضي
بدفعه اليه

اذا انكر المالك التوكيل والعارية والعين المغصوبة كالوديعة بحر (قوله وان قال لآخر هذا ابنه أيضا الخ) سواء كان ذلك متصلا أو منفصلا حموى (قوله قضى للاول) لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال ويضمن المودع نصيب الآخر اذا دفع الى المقر له اولا بغير قضاء كذا فى الزيلعى وهو الصواب كما فى البحر عن الفتح قال قيد باقراره بالولد لانه لو اقر المودع بها لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان او قال غصبت هذا من فلان لا بل فلان وكذا العارية فانه يقضى به للاول ويضمن للثانى قيمته وكذا الاقرار بالدين الخ ولما كان الضمان فى الجانب الاول مقيدا بما اذا كان الدفع بمقر له بغير القضاء كما ذكره الزيلعى بخلاف ما بعده فان الضمان فيه مطلق عن هذا القيد استقام قوله فى البحر قيد باقراره بالولد الخ (قوله وبين الورثة) يشير الى ان المصنف قد حذف من الاول لدلالة الثانى وهو ماسيأتى من قوله ولا من وارث (قوله لا يكفل منهم ولا من وارث) لان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم وللقاضى ان يحتاط ويتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم وقدر مدته مفوض الى رأى القاضى وقدره الطحاوى بالحول زيلعى والمراد بالتلوم تأخير القضاء الى المدة المذكورة بحر عن غاية البيان (قوله وهو شىء الخ) أى التكفيل المفهوم من قوله لا يكفل حموى (قوله احتاط به بعض القضاة) يعنى عبد الرحمن بن ابى ليلى قاضى الكوفة (قوله وهو ظلم) ليس المراد انه اثم به بل معناه انه يأخذ الكفيل وضعه فى غير موضعه كذا بخط شيخنا وفى الزيلعى وقوله ظلم اى ميل عن سواء السبيل (قوله وقالا يأخذ الكفيل) لاحتمال ان يكون له وارث آخر او غريم آخر وللامام ماسبق من أن حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم ولان المكفول له مجهول وما فى العينى من قوله وله ان حق الظاهر ثابت صوابه حق الحاضر قال فى البحر ولم اران الكفالة على قولهما هل هى بالمال أو بالنفس قال شيخنا قال فى الدر راى لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ فهذا ظاهر فى انه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ثم رأيته لتاج الشريعة (قوله اذا ثبت الدين للغرماء) يعنى بالبينة لا بالاقرار بقرينة ما سيأتى قريبا حموى (قوله أو ثبت الارث) الصواب وثبت بالواو حموى (قوله بالشهادة) تنازعه ثبت الدين للغرماء وثبت الارث (قوله ولو ادعى دارا الخ) قيد بالعقار لان المنقول يوضع عند عدل الى حضور صاحبه وقيل هو كالعقار لا يؤخذ منه ولا شك انه على قولهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وأجمعوا انه لا يؤخذ لو مقرا بحر عن جامع الفصولين قال شيخنا فتأمل عبارة الشرح آخر ولعله من الناسخ (قوله أى على انه مات الخ) الاولى ان يقال أى على الارث حموى (قوله ولا وارث له غيرهما) ليس بشهادة وانما يراد به ضما لبينة السلب زيلعى وفى المبسوط برهن احد الزوجين ولم يقل انه لا وارث له غيره يعطى اكثر النصيبين عندهما وهو الصحيح وعند أبى يوسف اقلهما حموى بقى ان يقال ماسبق عن الزيلعى من ان قول الشهود لا وارث له غيرهما ليس بشهادة الخ يقتضى ان ذكره ليس بشرط وكذا مانقله الحموى عن المبسوط من قوله برهن احد الزوجين ولم يقل الخ لكن نقل شيخنا عن الخانية انه شرط اى لوجوب القضاء على القاضى على الفور اذا عدلت الشهود انتهى (قوله اخذ نصف المدعى فقط) لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى ان يتعرض لودائع الناس وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى عليه وفى قوله أخذ نصف المدعى اشارتان الاولى ماذكره الشارح من انه لا يؤخذ من ذى اليد كفيل لان القاضى نصب لقطع الخصومات لا لانشائها الثانية ان الحاضر يأخذ النصف مشاعا غير مقسوم بحر عن فصول العمادى (قوله ولا يستوثق من صاحب اليد بكفيل) مطلقا يعنى سواء كان ذو اليد منكرا او مقرا وعلى هذا فالاطلاق فى مقابلة قولهما لكن جعله فى مقابلة قولهما يقتضى انهما يقولان اذا كان ذو اليد منكرا يؤخذ الكفيل وليس كذلك كيف وقد قال الشارح وانما الخلاف فى اخذ النصف الباقى الخ وعلى هذا فالصواب اسقاط لفظ الاطلاق كذا ذكره الحموى بناء على ما فهمه من ان مطلقا يتعلق بقوله ولا يستوثق من صاحب اليد بكفيل واما على ماذكره شيخنا من انه يتعلق بقوله

وترك

(وان قال لآخر هذا ابنه أيضا وكذبه) الابن (الاول) وقال ليس لوالدى ابن آخر (قضى للاول لا للآخر (ميراث قسم بين الغرماء وبين الورثة (لا يكفل منهم ولا من وارث) وهو شىء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم عند أبى حنيفة وقالا يأخذ الكفيل من الغريم والوارث والمسئلة فيما اذا ثبت الدين للغرماء وثبت الارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره ... اذا ثبت الدين والارث بالاقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق ولو ... لا نعلم له وارثا غيره لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق سواء كان وارثا ... (ولو ادعى دارا ... حال أولا ... غائب وبرهن عليه) أى ... ولا ... وترك الدار ميراثا بينه وبين أخيه الغائب ولا وارث له غيرهما (أخذ نصف المدعى فقط) وترك النصف الآخر فى يد الذى هو فى يده ولا يستوثق من صاحب اليد بكفيل مطلقا عند أبى حنيفة ... منكرا للدعوى وعندهما ان كان ذو اليد منكرا ... أخرج نصيب الغائب من يده ووضع فى يد عدل حتى يقدم الغائب والا ترك النصف فى يده حتى يقدم الآخر

وترك النصف الآخر في يد الذي هو في يده فلا يرد ما ذكره (قوله وانما الخلاف الخ) اى في أخذ الكفيل من ذي اليد بحصة الغائب وعدمه (قوله فيسلم النصف اليه بذلك القضاء) لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقيتهم فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم أيضا لعدم التوكيل منهم وعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت في ماله وعليه فيكون نائبا لهم أيضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا كذا في الزيلعي وقوله مطلقا أى سواء كان في يد الوارث المدعى عليه عين تركة ام لا قال شيخنا وهذا صريح في ان اشتراط كون العين في يد الوارث ليتعدى القضاء عليه الى بقية الورثة يختص بهذه الصورة اعنى ما اذا كان الوارث مدعى عليه واما اذا كان هو المدعى ارث العين على ذي اليد فان اثبت كان القضاء بالارث له وللبقية من الورثة اذا ادعى العين ارثا له ولهم واذا لم يثبت ودفع المدعى عليه دعوى المدعى بأن مورثك باعه مني واثبت الشراء فقد تندفع دعوى الارث في حق الحاضر والغائب انتهى والحاصل ان ما في الاشباه من الفرق بين دعوى الدين والعين من حيث انه يشترط في دعوى العين كونها في يد المدعى عليه بخلافه في دعوى الدين حيث لا يشترط كون الوارث المدعى عليه في يده عين تركة هو الحق وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية انه لابد من كون عين التركة كلها في يده في دعوى الدين أيضا بحر ووجه الفرق بين العين والدين ان حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف مدعى العين شيخنا (تنبيهات) الاول انما ينتصب الحاضر الذي العين في يده خصما عن الباقي اذا لم تقسم بين الحاضر والغائب فان قسمت واودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر امواله فلا ينتصب الحاضر خصما عنه ذكره العتابي وفي البحر عن جامع الفصولين ما يخالفه حيث قال لو اودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذه العين ينتصب هذا الوارث خصما عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الاجنبي انتهى الثاني انما لا تسمع دعوى الغائب اذا حضر بشرط ان يصدق ان العين ميراث بينه وبين الحاضر اما لو انكر الارث وادعى الشراء او الارث من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه تقبل بينته كما في الفصول الثالث ان يدعى الجميع فلو ادعى حصته فقط وقضى بها لا يثبت حق الباقين الرابع اذا كان الورثة كبارا غيبا او صغيرا نصب القاضي وكيلا عن الصغير ليسمع دعوى الدين على الميت والقضاء على هذا الوكيل قضاء على الجميع الخامس اذا اثبت المدعى دينه على بعض الورثة وفي يده حصته فانه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته كما في خزانة المفتين السادس لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع لدين على الميت نصب القاضي وكيلا للدعوى كما في ادب القضاء للخصاف وظاهره ان وكيل بيت المال ليس بخصم بحر وقوله فادعى رجل هذه العين أى ادعى على احد الورثة المودع عنده نصيب وارث آخر وقوله بخلاف الاجنبي اى غير الوارث لكون العين في يده فيدعى عليه فلا يتعدى القضاء عليه الى غيره بأن تكون شركة بينه وبين غيره فلا يكون الشريك الغائب مقضيا عليه شيخنا (قوله فقيل يؤخذ الكفيل منه اتفاقا) الصواب حذف لفظة الكفيل والاقتصار على قوله يؤخذ أى ينزع منه حصة الغائب ويدفع الى عدل اتفاقا كما سبق لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ في الحفظ لاحتماله لان الجحود تقدم فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا بخلاف ما اذا كان عقارا لانه محفوظ بنفسه (قوله وقيل المنقول على الخلاف أيضا) وقول أبي حنيفة فيه اظهر لانه مضمون عليه ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان

وانما الخلاف في أخذ النصف الباقي
(الخ) الغائب وتركه في يد صاحب
اليد فقيل الاختلاف في جواز القضاء
بنصفه للغائب وعندهما يقضي بدله
وعنده لا يقضي به للغائب وقيل
لاخلاف في انه يقضي للغائب لكن
الخلاف في النزع من يده والترك في يد
كذا في الاصل واذا حضر الغائب
لا احتياج الى اقامة البينة في الصحيح
فيسلم النصف اليه بذلك القضاء وانما
قيد بالدار لانه لو كانت الدعوى في
منقول فقيل يؤخذ الكفيل منه
اتفاقا وقيل المنقول على الخلاف أيضا
وقول [illegible]

الترك ابعدمن التوى زيلعى وانما كان مضمونا عليه بجحوده (قوله فهو يقع على مال الزكاة) فخرج رقيق الخدمة ودور السكنى واثاث المنازل وما كان من الحوائج الاصلية قيد بالتنجيز لانه لو كان معلقا نحو قوله مالى صدقة فى المساكين ان فعلت كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده بحر وقوله والحادث بعده ظاهره ولو بعد وجود الشرط لكن ذكر الابيارى مانصه لو علقه بشرط دخل المال الموجود عند اليمين والحادث بعده الى وجود الشرط انتهى (قوله سواء بلغ النصاب اولا) وسواء كان عليه دين مستغرق اولم يكن لان المعتبر جنس ماتجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها زيلعى قال فى البحر فان قضى دينه لزمه ان يتصدق بقدره (قوله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل) لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله ومطلق المال فى باب الصدقات منصرف الى البعض كما فى قوله تعالى وفى اموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة فكذا مايوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والارث يجرى فى جميع الاموال زيلعى (قوله وفى رواية لو قال ماامللك الخ) اختاره فى المجمع بحر (قوله يتناول كل المال) لان الملك اعم من المال الاترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ماليس بمال زيلعى (قوله والصحيح انهما سواء) لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد فى أحدهما واردا فى الآخر زيلعى وذكر الاسبيجابى ان الفرق بين المال والملك قول أبى يوسف وأبو حنيفة لم يفرق بينهما واختاره الطحاوى فى مختصره بحر (قوله وقال مالك الخ) وقال الشافعى ان علقه بشرط المنع كان يمينا فاذا حنث فعليه كفارة يمين بان قال ان لم يقدم غائبى فمالى فى المساكين صدقة فمات قبل قدومه شيخنا (قوله ارض العشر) لانها سبب الصدقة الاترى ان مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة زيلعى (قوله خلافا لمحمد) لانها سبب المؤنة ولهذا يجب فى ارض الصبى والمكاتب وفى ارض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر فى النهاية قول ابى حنيفة مع قول محمد زيلعى (قوله ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع) لانها تمحضت مؤنة زيلعى (قوله ولم يبين فى المبسوط) يعنى الامام محمدا شيخنا عن العناية (قوله يرجع اليه ماله) الظاهر ان يقال كما فى البحر وغيره يتجدد له مال مثله (تنبيه) لو قال ان فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته ان يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شئ قال العلامة المقدسى ومنه يعلم ان المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف حموى ولو قال الف درهم من مالى صدقة ان فعلت كذا ففعله وهو يملك اقل لزمه بقدر مايملك ولو لم يكن له شئ لا يجب شئ درعن البحر (قوله فهو على كل شئ) لان الوصية اخت الميراث وهو يجرى فى كل شئ كما سبق (قوله فهو وصى) اشار بقوله فهو وصى الى انه لا يتمكن من اخراج نفسه عن الوصاية بشرط ان يتصرف من بيع اوغيره ليكون ذلك قبولا والا فله اخراج نفسه وعلى هذا فقد ترك المصنف قيدا لابد منه ولهذا قال فى الهداية ومن اوصى اليه ولم يعلم فتصرف فهو وصى وان لم يتصرف فليس بوصى لعدم القبول بحر والحاصل انه بعد التصرف لا يملك اخراج نفسه وكذا لا يملك اخراج نفسه بعدما قبل ولو قبل التصرف وليس المراد ان وجود التصرف منه شرط لصيرورته وصيا (قوله وعند ابى يوسف الخ) عبارة الزيلعى وعن ابى يوسف لا يجوز فى الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان أحدهما حال الحياة والآخر بعد الممات (قوله بخلاف الوكيل) لان الوكالة اثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا تصح بلا علم من تثبت له الولاية واما الايصاء فاستخلاف لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له لان الاذن مأخوذ من الاذان وهو الاعلام زيلعى لكن فى البحر عن شرح المجمع لابن فرشته من المأذون ان كان الاذن خاصا بأن قال أذنت لعبدى فلان ولم يشتهر

فهو) يقع (على مال الزكاة)
كالنقود والسوائم ومال التجارة مطلقا
سواء بلغ النصاب أولا والقياس أن
يلزمه التصدق بالكل وهو قول زفر
وفى رواية لو قال ماأملك صدقة فى
المساكين يتناول كل المال (والصحيح
انهما) أى مالى وماأملك (سواء) وقال
مالك يدخل فيهما ثلث المال ويدخل
فيه أى فى كل واحد منهما أرض
العشر عند أبى يوسف خلافا لمحمد ولا
تدخل أرض الخراج بالاجماع ثم اذا
لم يكن له مال سوى مادخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته وقوت
من تجب عليه نفقته ثم اذا أصاب شيئا
بعد ذلك تصدق منه بمثل ماأمسك
ولم يبين فى المبسوط مايمسك لقوته
والمتأخرون قدروا وقالوا المحترف
يمسك لنفسه وعياله قوت يوم وصاحب
الغلة وهو آجر الدار ونحوها يمسك قوت
شهر وصاحب الضيعة يمسك قوت سنة
وصاحب التجارة يمسك مقدار مايرجع
اليه ماله (ولو أوصى له بثلث ماله فهو)
يقع (على كل شئ ومن أوصى اليه
أى جعل وصيا (ولم يعلم بالوصية فهو
وصى) وعند ابى يوسف لا يكون وصيا
حتى يعلم (بخلاف الوكيل) حتى
لو وكل رجل ببيع شئ وهو لا يعلم به

بين الناس فعلم العبد به شرط لصيرورته مأذونا انتهى وكذا الامر باليد للمرأة يتوقف على العلم (تتمة) الصحيح ان الناظر وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط كذا في البحر قال شيخنا ومقتضاه ان تقريره في النظر بلا علمه لا يصح ثم رأيت بخط الشيخ شرف الدين الغزي محشي الاشباه انهم لم يجعلوه وصيا من كل وجه ولا وكيلا كذلك بل له شبه بالوصي حتى صح تفويضه في مرض موته وشبه بالوكيل حتى ملك الواقف عزله من غير شرط على قول ابي يوسف واما على قول محمد فهو وكيل عن الموقوف عليهم كذا ذكره في الاشباه قلت وقول محمد مشكل اذ مقتضى كونه وكيلا عنهم ان لهم عزله مع ان الظاهر من كلامهم انه لا يصح بل لو عزله القاضي لم يصح اذا كان منصوب الواقف الا بخيانة انتهى واعلم ان الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان فيفترقان في مسئلة الكتاب وفي ان الوصاية لا تقبل التخصيص والوكالة تقبله وفي انه يشترط في الوصي ان يكون مسلما حرا بالغا بخلاف الوكيل حيث اكتفي فيه بالعقل وفي ان الوصي اذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضي غيره ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره الا في المفقود للحفظ وفي ان القاضي يعزل الوصي لخيانة او تهمة بخلاف الوكيل عن الحي (قوله فيبيع ذلك الشيء قبل العلم لا يجوز) أي لا ينفذ بل ينعقد موقوفا شيخنا (قوله لا يجوز بالاتفاق) في دعوى الاتفاق نظر بدليل ما في البحر عن البزازية الوكيل قبل علمه بالوكالة لا يكون وكيلا وعن الثاني خلافه فكان على المصنف ان يقول بدل دعوى الاتفاق باعتبار ظاهر الرواية (قوله ومن اعلم بالوكالة الخ) اطلقه فشمل ما اذا كان المخبر بالتوكيل كبيرا او صغيرا فلا يشترط فيه الا التمييز بحر وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام لانه من المعاملات ولا الزام فيه ازام زيلعي (قوله الا بعدل) او فاسق ان صدقه بحر عن العناية ولو كان المخبر بالعزل رسولا لا تشترط العدالة حتى لو اخبر المشتري الشفيع وجب الطلب اجماعا وان لم يصدقه عدلا كان او فاسقا صدقه او كذبه وكذا لو كان الرسول صغيرا وظاهر ما في العناية انه لا يجوز ان يكون الا رسالة ويثبت العزل بكتاب الموكل ايضا بحر (قوله او مستورين) ظاهره انه لابد من قبوله ولا يشترط فيه لفظ الشهادة بحر عن فتح القدير (قوله ومقتضاه اعتبار الاول سواء) لانهما من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل ولهذا في هذه الاخبار الزام شرط احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة زيلعي وبيان الالزام فيه (قوله كالاخبار للمسائل) واما الاخبار لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومولى وقف فهي على شرط فيها احد شطري الشهادة لا لفظها در (قوله لا يصير مختارا للفداء عنده) فيدفعه البائع او المشتري الى ولي الجناية اذا باعه بعد ان اخبره فاسق بالجناية وتصوير دفع البائع بعد البيع بأن باعه ثم لم يعلم بالجناية فاعتقه كان له رده لان كان بعد العلم واما في العتق فلا يدفع الى ولي الجناية وكان الطلب بالارش على السيد لعتقه هذا ما افهمه كلامهم وان لم أره مصرحا به ولم يخف هذا على السيد الحموي قال قلت واما ان يكون مختارا للفداء هل يدفعه (قوله الا اذا أخبره عدل الخ) لم يذكر المصنف سائر الشروط في الشاهد وهو تم في تنقيح الاصول باشتراط سائر الشروط مع العدد او العدالة على قول الامام الاعظم فلا تثبت من المرأة والعبد والصبي وان وجد العدد او العدالة بحر وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فلا ينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا زيلعي (قوله لا يلزمه عنده) الا انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم او قوله عليه الصلاة والسلام الا انه تبليغ الحديث وفي الرسول لا تشترط فيه العدالة فكذا اذا اخبر به رسول الولي بالتزويج زيلعي ورده في الفتح والتحرير من عدم اشتراط العدالة انما هو في الرسول الخاص بالارسال والا فيلزم على قول الزيلعي ان لا تشترط العدالة في رواية الحديث بحر (قوله خلافا لهما) وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل و بلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع زيلعي (قوله أو أمينه) أمين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك امينا في بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد

ولم يزد اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة بحر (قوله واستحق العبد) اوهلك قبل التسليم الى المشترى زيلعى (قوله لم يضمن) لان أمين القاضى كالقاضى والقاضى كالامام وكل منهم لا يضمن بل لا يحلف بخلاف نائب الناظر درر وانما لا يضمن القاضى ولا أمينه لانه يؤدى الى تباعدهم عن قبول هذه الامانة فتتعطل مصالح الناس عينى لكن ان تعمد القضاء بالجور يضمن ويعزر ويعزل وان لم يتعمده كان خطأه على المقضى له حموى عن جامع الفصولين والمفتاح (قوله وان امر القاضى الخ) تقييده بامر القاضى اتفاقى وليعلم حكمه بغير أمره بالاولى بحر (قوله الوصى) ولو منصوب القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت عينى (قوله رجع المشترى على الوصى) لانه هو العاقد نيابة عن الميت ثم رجع الحقوق اليه عينى (قوله وهو على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال قيل يجوز ان يرجع بذلك أيضا لان هذا الضمان لحقه فى امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له والاول أصح وصحح مجد الائمة السرخسى عدم الرجوع فقد اختلف التصحيح بحر عن الفتح (قوله او بالضرب) فى الحد او التعزير (قوله وسعك فعله) لان طاعة أولى الامر واجبة عينى ولا عين على القاضى وما ذكره المصنف قول الماتريدى شيخنا وفى الشرنبلالية عن الذخيرة القضاة أربعة عالم عادل وعالم جائر وجاهل عادل وجاهل جائر فيقبل قول الاول مجملا ومفسرا والثالث مفسرا لا مجملا لا الثانى والرابع مجملا ومفسرا انتهى وهذا الذى ذكره الشرنبلالى يفهم من كلام الشارح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد الزيلعى او يشهد بذلك مع القاضى عدل يعنى فى حق يثبت بشاهدين فان فى زنا فلا بد من ثلاثة ومعناه ان يشهد القاضى و لعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى والا لكان القاضى شاهدا على فعل نفسه وقد استبعد ذلك فى الفتح فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد حموى (قوله فالقول للقاضى) لان المقضى عليه لما اقر انه فعله فى قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا (قوله بغير يمين) لانه لو لزمه يمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ درر ولو اقر الآخذ والقاطع بما اقر به القاضى لم يضمنا زيلعى (قوله وذكر فى الذخيرة الخ) ظاهره عدم قبول قول المعزول مطلقا وان كان المأخوذ ماله معترفا بانه فعل ذلك وهو قاض وهو خلاف ما يظهر من كلامهم وحاصل ما استفيد من كلامهم ان القول للقاضى ولا يلزمه الضمان اذا كان المأخوذ ماله والمقطوع يده مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض بالاتفاق خلافا لما يظهر من قول الشارح وذكر فى الذخيرة الخ الا ان يحمل على ما اذا ادعى المأخوذ منه انه فعل ذلك بعد العزل او قبل ان يتقلد القضاء فلو قال الشارح بعد قول المصنف اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه المال مقرا انه فعله وهو قاض قيد بذلك لانه لو ادعى انه فعل ذلك بعد العزل او قبل التقليد لا يقبل قول المعزول الا ببينة كما فى الذخيرة لكان أولى (قوله فالقاضى مصدق بكل حال) أى سواء اعترف المقطوع يده بان القاضى فعل ذلك وهو قاض ام لا وفيه ان هذا الذى ذكره الشارح لا يلائم قول المصنف اذا كان المقطوع يده الخ فلو أخره عنه بان قال بعد قوله اذا كان المقطوع يده الخ وقيل انه مصدق بكل حال لكان صوابا (قوله فى الصحيح) وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى والصدر الشهيد لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى انه فعله فى قضائه اولم يصدقه يؤخذ منه لانه

(واستحق العبد) من يد المشترى (ورجع) كل واحد منهما (على الغرماء وان لم يضمن) بالثمن (على استحق المشترى) أى امر القاضى الوصى ببيعه للغرماء (فضاع المال رجع المشترى) على الوصى (وهو) أى الوصى على الغرماء (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم) او بالقطع فى السرقة (او بالضرب) فى الحد (وسعك فعله) وقال محمد لا يسعك حتى تعاين الحجة قال شيخنا الامام أبو منصور رحمه الله هذا فى قاض عدل عالم وقال كثير من مشايخنا اخذوا برواية محمد فى هذا وهو لو ما احسن فى زماننا الا ان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن تفسيره وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل قوله الا ان يعاين سبب الحكم وهو الشهود (وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك ألفا ودفعتها الى زيد) حال كونى قاضيا (وقطعت يدك فى حق) وقال الرجل اخذته او قطعتها ظلما والقول للقاضى) وذكر فى الذخيرة لا يقبل قول المعزول الا ببينة (اذا كان المقطوع يده او المأخوذ منه المال مقرا انه فعله وهو قاض) ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ منه ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضى ايضا فى الصحيح

اقر

أقران اليد كانت له فلا يصدق في دعوى التلك الاجنبية وقول المعزول ليس بحجة فيه بحر وقوله في تعليل كون القول للقاضي لانه اسند فعله الى حالة منافية للضمان أي من كل وجه فلا يرد مالو قال المولى لامته بعد عتقها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعها وانا حرة حيث يكون القول لها وكذا في كل شئ أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ما اسند فعله الى حالة منافية للضمان من كل وجه بل الى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة لان كونها امة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه ألا ترى انه يضمن اذا كانت مرهونة او مأذونة مديونة بحر عن المجمع وفيه عن البزازية صب دهنا لانسان فطالبه المالك بالضمان فقال انه تنجس بوقوع الفأرة فالقول للصاب لانكاره الخ وظاهره ان القول له في عدم الضمان وليس كذلك بل القول قوله في كونه منجسا وأما الضمان فلا فيضمن قيمته منجسا قال الشيخ شرف الدين الغزي زيدا وضمانه تنوير البصائر على الاشباه

(كتاب الشهادات)

(قوله انما تقبل في مجلس القاضي) ولو بلا دعوى كما في عتق الامة در قال ابن الهمام والذي يتبادر ان تقدمها على القضاء اولى لانه موقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة المقصود على الوسيلة وانما قيد بالقاضي وان كان الحكم كذلك لان الحكم لا ينفذ حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه حموي بخلاف القاضي فان قضاءه بعمل ولايته (قوله هي اخبار الخ) أي اخبار الصادق لاثبات الحق بمجلس الحكم فخرج اخباره في مجلس حدث واخباره في غير المجلس فلا يعتبر حموي واعلم ان ما ذكره المصنف من تعريف الشهادة هو تعريفها الشرعي واللغوي الحضور قال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أي حضرها كذا فالزيلعي حيث جعل قول المصنف هي اخبار الخ معناها اللغوي ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشرع عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة قال العيني وليس كذلك لان معناها اللغوي الحضور كما ذكرنا وهذا معناها الاصطلاحي وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشئ خارج عن ذاته كما عرف انتهى وتبعه في البحر حيث ذكر ان ما ذكره الزيلعي من جعله تعريف المصنف للشهادة معنى لغويا بخلاف الظاهر وانما هو معناها الشرعي كما أفاده في ايضاح الاصلاح والمشاهدة المعاينة والعيان بالكسر المعاينة كما في ضياء الحلوم فهو تأكيد والاحتراز به عن الحدس والحسبان بالتخمين قال فان قلت يرد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فانها لم تكن عن مشاهدة أجيب بان جوازها للاستحسان والتعريفات الشرعية انما تكون على وفق القياس او هي عن عيان حكما (قوله وعيان) عطفه على المشاهدة تفسيري ولهذا جعله في البحر تأكيدا للمشاهدة واعلم انه جرى على السنة الائمة سلفا وخلفا في اداء الشهادة أشهد مقتصرين عليه دون غيره من الالفاظ الدالة على تحقيق الشئ فعلم انه متعين وهو سر لان الالفاظ الكتاب والسنة أيضا فكان كالاجماع على تعيين هذه اللفظة ولا يخلو عن معنى التعبد اذلم ينقل غيره ولعل السر فيه ان الشهادة اسم من المشاهدة وهي الاطلاع على الشئ عيانا فاشترط في الاداء ما ينبئ عن المشاهدة واقرب شئ يدل على ذلك ما اشتق من اللفظ وهو أشهد بلفظ المضارع ولا يجوز شهدت لان الماضي موضوع للاخبار عما وقع فلو قال شهدت احتمل الاخبار عن الماضي فيكون غير مخبر به في الحال والمضارع موضوع للاخبار في الحال فاذا قال اشهد فقد أخبر في الحال وأيضا استعمل اشهد في القسم نحو اشهد بالله لقد كان كذا أي اقسم فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم والاخبار في الحال فكان الشاهد قال أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن اخبر به وهذه المعاني مفقودة في غيره من الالفاظ

*(كتاب الشهادات) الشهادة انما تقبل في مجلس القاضي ولا يكون ملزمة بدون القضاء ذا بالالف (باب الشهادات) (هي اخبار) بحق عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين اي ظن

فلهذا اقتصر عليه ولو زاد على قوله اشهد فيما اعلم بطل للشك وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية فيشترط الاسلام لو المدعى عليه مسلما والقدرة على التمييز بين المدعى والمدعى عليه وذلك بالسمع والبصر وعدم قرابة ولاء دور وجية وعداوة دنيوية وجر مغنم ودفع مغرم وان لا يكون خصما كخروج الوصى لليتيم والوكيل لموكله وان يكون عالما بالمشهود به حين الاداء لا معتمدا على خطه عند أبي حنيفة وموافقتها للدعوى وتعذر الاصيل فى شهادة على شهادة وشرط التحمل العقل والبصر ومعاينة المشهود به الا فيما يثبت بالتسامع وسبب وجوبها طلب ذى الحق او خوف فوت حقه بان لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه ان يشهد بلا طلب وحكمها وجوب الحكم على القاضى ومحاسنها امتثال الامر قال تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله واحياء الحقوق ودليلها الكتاب والسنة والاجماع حموى ودر (قوله وحسبان) بكسر الحاء من حسبه كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا اى ظننته ويقال احسبه بالكسر شاذا وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر بمعنى اذا عد عدى واستفيد منه ان عطفه على [illegible] من عطف تفسير لان الحسبان بمعنى الظن كما ذكره وكذا [illegible] من معنى الاخر كما ذكره الشارح (قوله مأخوذة من المشاهدة) انما قال مأخوذة [illegible] لان الشهادة مصدر [illegible] لا يكون مشتقا لانه [illegible] حموى (قوله وقيل من الشهود الخ) أى مأخوذة منه حموى (قوله فسمى الحاضر شاهدا) أى مجازا باعتبار الاول على حد قوله تعالى أعصر خمرا [illegible] فقاله [illegible] لشهادة [illegible] المعاينة والحضور [illegible] وفى تسمية الاداء شهادة [illegible] كما ذكره الزيلعى [illegible] والمسبب هو الاداء (قوله [illegible] كما في قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه [illegible] النهى عن الشئ [illegible] [illegible] اداء الشهادة [illegible] الاثم فى الآية [illegible] [illegible] بالله تعالى زيلعى (قوله وذكر فى [illegible]) [illegible] شهادته ان علم لم يأثم عينى وفى الدر [illegible] لوجوب الاداء [illegible] شهادته فاصر الخ (قوله اذا كان فى اسماعه تضييع الخ) [illegible] شهادته [illegible] فيه تأمل مقدسى [illegible] الوجوب [illegible] حموى (قوله والاسماع كان [illegible]) [illegible] لو كان [illegible] شهادة [illegible] ذلك لانه [illegible] الى [illegible] ولا شهد ثم ان كان [illegible] المشى الى مجلس القاضى وليس له شئ للركوب [illegible] المدعى [illegible] لا بأس به [illegible] الشاهد [illegible] باب الاكرام وان كان يقدر [illegible] تقبل عينى ومقتضى قوله وليس له [illegible] الركوب انه لو كان [illegible] فاركبه من [illegible] لا تقبل واذا لم يقدر له الركوب الا بالعذر فعدم [illegible] الاجر بالا [illegible] أبو يوسف له الاكل سواء كان مهيأ له أم لا وبه يفتى وفى الدر [illegible] ذكرها قبيل كتاب الشهادات كل ما يجب على القاضى لا يحل له اخذ الاجرة كنكاح صغير ولجواب المفتى بالقول وأما بالكتابة [illegible] على قدر الكتابة (قوله وسترها فى الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فى حقوق العباد عينى بدليل قوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا أى اذا دعاهم المدعى اذ الحدود ليس لها مدع يدعيها واستثنى فى الدر المتهتك فالاداء فيه أحب اخلاء للعالم عن الفساد (قوله أخذ لا سرق) ولو قال يجوز لكن الاول افضل بحر (قوله رعاية لجانب الستر) فى حق السارق أقول ورعاية لجانب المال فى حق المسروق منه حموى لان الشهادة

بالسرقة

(وحسبان) [illegible] مأخوذة من المشاهدة [illegible] المعاينة [illegible] الحضور [illegible] وقوله [illegible] الشاهد [illegible] الحادثة ثم مجلس القضاء [illegible] الاداء شهادة [illegible] اداء شهادة [illegible] (طلب المدعى) [illegible] الشهادة [illegible] الى الاداء [illegible] الشهادة بعد الطلب [illegible] [illegible] المدعى [illegible] سرعة [illegible] والاسماع [illegible] الحدود [illegible] ظاهر (وستر [illegible]) [illegible] (احسن) [illegible] واسلم (اسرق) اى لا يقول سرق رعاية لجانب الستر (وشرط [illegible]) اى [illegible]

بالسرقة توجب عليه القطع فيسقط عنه الضمان لانهما لا يجتمعان كما سبق وحكى الفخر الرازى فى التفسير ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر انه أخذ ماله من بيته فأقر بالاخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده فقال أبو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما أقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع فخالفهم أبو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما أقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا كذا بخط شيخنا (قوله أربعة رجال) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واشتراط الاربع مع وصف الذكورة يحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق فان قلت التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور قلت نعم ولكن قد وجد دليل الانتفاء وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم على انه اذا انتقص عدد الشهود عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة زيلعى (تتمة) علق العتق بالزنا فشهد به رجلان يعتق ولا يحد در واختلفوا فى الشهادة على اللواطة فعند ابى حنيفة يقبل فيه رجلان عدلان لان موجبه التعزير عنده وعندهما لا بد فيه من اربعة كالزنا وأما اتيان البهيمة فالاصح انه يقبل فيه شاهدان عدلان ولا يقبل فيه شهادة النساء شيخنا عن الجوهرة (قوله فلا يقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء) لحديث الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص زيلعى وأما القتل خطأ فيقبل فيه شهادة الرجال مع النساء وفى خزانة الاكمل لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى حد او قود وهو يراه او لا يراه فرفع الى آخر امضاه ومعنى الاول انه لم يشهدا حال كونهما رجلين فلم يشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع الرجال وفى الولوالجية ان شربت الخمر فعبدى حر فشهد رجل وامرأتان بشربه عتق العبد ولا يحد بحر (قوله وشرط للولادة الخ) فشهادة القابلة على الولادة مقبولة كما سيأتى فى كلام الشارح عن شمس الائمة الحلوانى لكن فى حق النسب دون الميراث وكذا شهادتها على الاستهلال مقبولة فى حق الصلاة عليه دون الارث قال فى البحر وعندهما تقبل فى حق الارث أيضا وبقولهما قال الشافعى وأحمد وهو الراجح فتح وأشار بقوله فيما يطلع عليه رجل الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اه وفى الزيلعى فيسل تقبل وان قال تعمدت النظر كما فى الزنا وذكر فى التتارخانية ان فى حق الارث تقبل شهادة امرأة واحدة عندهما اذا كانت عدلة كشهادات النساء على الجراحات فى الحمامات انتهى بتصرف (قوله فيما لا يطلع عليه رجل) مفهومه ان ما يطلع عليه الرجال من عيوب النساء كالاصبع الزائدة لا يكتفى فيه بشهادة امرأة وبه صرح بالكبير (قوله امرأة) لحديث شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاول وهو الواحد بحر والثنتان أحوط ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة زيلعى (قوله وعند الشافعى أربع) وقال مالك يشترط امرأتان للشافعى ان الشهادة المطلقة شهادة رجلين والمثنى منهما بمنزلة واحد ولمالك ان الواحدة فى هذا الباب كالرجل وبه قال ابن أبى ليلى قلنا ان هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة وخبر الواحد فى الديانات مقبول عينى واعترض بأن قوله ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة قول العراقيين والاصح خلافه وهو ما ذكره المصنف من اشتراط لفظ الشهادة فى الكل وأجيب بانه يكفى فى الرد على الخصم أن يكون قولا فى المذهب وان لم يكن راجحا كما فى كتب الاصول شيخ شاهين (قوله ولغيرها) يرد عليه الشهادة باسلام الرجل الكافر حيث لا تقبل فيه شهادة النساء ولا الكفار وكانه لانها تجر الى قتله اذا أصر على كفره فصار كالشهادة بالحدود والقصاص أما المرأة اذا شهد عليها بالاسلام رجل وامرأتان قبلت بخلاف الشهادة بردة المسلم حيث لا يقبل فيها شهادة النساء بحر والمراد من قوله ولغيرها أى من الحقوق أما الديانات فيكفى فيها شهادة الواحد كالشهادة على هلال رمضان ويدخل فى عموم قوله ولغيرها الرضاع حموى عن البرجندى (قوله

اربعة رجال) للزنا (و) لبقية الحدود كحد الشرب والقذف والسرقة (والقصاص) اى للقصاص (رجلان) فلا تقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء (و) شرط (للولادة والبكارة وعيوب النساء) والاماء (فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) واحدة وعند الشافعى اربع وقال مالك يشترط امرأتان (و) يشترط (لغيرها) اى لغير الاشياء المذكورة (رجلان

أو رجل وامرأتان) ذكر في الملتقط ان المعلم اذا شهد منفردا في حوادث الصبيان تقبل شهادته حموى عن البرجندي وهو باطلاقه شامل لحوادث الصبيان مطلقا كالصبيان التي في حرفة والظاهر ان التقييد بصبيان المكتب في عبارة الدر عن القهستاني معزيا للتجنيس اتفاقي فصبيان غير المكتب كذلك (قوله والوصية) أي الايصاء اذا الكلام في باب البيع بمال جوهرة قال في الشرنبلالية ولعل الحال لا يفترق في الحكم بين الشهادة بالوصية والايصاء انتهى (قوله وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه لا تقبل الخ) لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن في الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة حضورها فيقتصر عليها وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روى ان عمر وعليا أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولان الاصل قبول شهادتهن لوجود ما يبنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء وما يعرض لهن من قلة الضبط فهو مجبور بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لا تقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن بحر (قوله لفظ الشهادة) أي لفظ أشهد بصيغة المضارع وقدمنا انه ركن فالمراد بالشرط ما لا بد منه بحر ورأيت بخط شيخنا عن عزمي ما نصه قوله ولزم في الكل لفظ أشهد وقد سبق ذلك في أول الكتاب على كونه ركنا وذكرهما على كونه من شرائط القبول فلا يغني احدهما عن الآخر انتهى (قوله لا تقبل) لان النصوص نطقت بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين ويشترط التعبير حتى لو قال أشهد على شهادته لا تقبل ولو قال أشهد على شهادة صاحبي لا تقبل عند الخصاف وعند عامة مشايخنا تقبل وعنده الاوجه في ما اذا قال لهذا المدعي على هذا المدعى عليه وبه يفتى بحر (قوله وعن شمس الائمة الخ) وهو قول العراقيين لانه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من الشهادة عيني (قوله او أخبرت بانها ولدت) كذا في عدة نسخ وفي بعضها أخبر بصيغة المضارع وهو الظاهر حموى (قوله والعدالة) لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي عيني (قوله مطلقا في الحدود وغيرها) ينبغي أن يراد بتفسير الاطلاق فيقال وسواء كان وجيها ذا مروءة أم لم يكن (قوله وعن أبي يوسف الخ) لعدم تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يستأجر لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب بغير منفعة له في ذلك والاول أصح كما سيذكره الشارح وهو الذي ارتضاه في الكمال انه لا يعول في عمل لهذا النص فلا يقبل ويراد بالنص قوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل (قوله اذا كان وجيها الخ) فسر في العناية الوجيه بأن يكون ذا قدر وشرف بحر والمروءة آداب نفسانية تحمل على محاسن الاخلاق وجميل العادات والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (قوله تقبل شهادته) أي يجوز قبول شهادته ولا يصح أن يراد بالقبول الصحة لانهم مجمعون على ان القاضي اذا قبل شهادة الفاسق صح وأثم لان العدالة ليست شرطا للاهلية كما سيأتي (قوله مجتنبا عن الكبائر) فيه ان اجتنب متعد بنفسه وكذا ما اشتق منه حموى (قوله والعدالة شرط العمل) يشير الى الجواب عما عساه يعترض به على المصنف حيث سوى بين العدالة ولفظ الشهادة في الاشتراط مع ان لفظ الشهادة شرط لصحة الاداء بل ركنه وأما العدالة فليست شرطا لصحة الاداء وانما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضي كما في البحر ولذا لو قضى بشهادة الفاسق صح وأثم بان يقال وجه التسوية بينهما الاشتراك في مطلق الشرطية وان كان أحدهما شرطا لصحة الاداء والآخر لوجوب القضاء بها مع ان المصنف في هذه العبارة تابع لصاحب الهداية وغيره (قوله ويسأل القاضي) لم يذكر المؤلف صفة السؤال وصرح في الهداية بأنه لا بد منه قال في البحر ولم يبين انه شرط أولا ورأيت بخط السيد الحموي التصريح بوجوبه فيأثم بتركه ولا يبطل الحكم وفي البحر عن الملتقط لو قضى بغير تزكية الشهود جاز فافاد ان السؤال ليس بشرط صحة فلو قضى ثم ظهر ان الشهود فسقة لم ينقض القضاء وفي المحيط البرهاني لو قضى بالحد ببينة ثم ظهر انهم فساق بعد

مارجم فانه لاضمان على القاضى لانه لم يظهر الخطأ بيقين انتهى قال فى البحر وهذا يدل على ان القاضى لوقضى فى الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فانه يصح وان كان آثما ومحل السؤال عند جهل القاضى بحالهم فلوعرفهم بجرح أوعدالة لا يسأل عنهم (قوله عن الشهود) أى عدالتهم على حذف مضاف وانما قدرناه لانه لا يسأل عن حرية الشاهد [illegible] ما لم يطعن الخصم وما ذكره فى الجامع من ان الناس أحرار الافى الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية فى هذه المواضع بل يسأل محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق كما قيد القدورى [illegible] قال [illegible] حرية الشاهد اما باقامة البينة عليها أو بالاخبار للقاضى كالعدالة والاول أحب وأحسن لان الاهلية للشهادة لا تثبت الا بالحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية [illegible] العبارة [illegible] معرفتهما بالسؤال عن حاله كذا فى المبسوط [illegible] فى قوله الناس أحرار الا فى الشهادة والحدود والقصاص والعقل هو والدية [illegible] فتاوى قارى الهداية [illegible] ولسانه ويده وانه صاحب يقظة انتهى وفى [illegible] عدل [illegible] شهادته انتهى [illegible] الذمى لا تقبل شهادته انتهى وفى الدرعن [illegible] انتهى ومن هنا تعلم ان العدالة لا تستلزم الاسلام ([illegible]) [illegible] مصدر [illegible] الامر ظهر واشتهر والاسم العلانية حموى (قوله وعليه [illegible]) لان [illegible] هذا العصر [illegible] الزيلعى [illegible] فى الدرعن المجمع والسراجية لو اكتفى بالسرحان [illegible] ([illegible]) [illegible] اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة كان فى العصر [illegible] صلى الله عليه وسلم [illegible] والصلاح لقوله عليه السلام خير القرون قرنى [illegible] ثم [illegible] الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف [illegible] تغير أحوال الناس فظهرت الخيانات [illegible] أبا حنيفة كان فى القرن الثالث مخالف للكتب المشهورة [illegible] الامام ولد فى السبعين او الثمانين بعد الهجرة فكيف يكون [illegible] العسقلانى فى الكلام على الحديث فى شرح البخارى [illegible] فى تحديدها من عشرة اعوام الى مائة وعشرين [illegible] ذلك وقد قال به قائل انتهى شيخ شاهين (قوله ولا يسأل [illegible]) [illegible] على الشهود حموى (قوله ولا يقتصر [illegible]) [illegible] على الشهود (قوله أوكانت الشهادة فى الحدود والقصاص [illegible]) اى طعن الخصم أولا ([illegible] فى العلانية) الظاهر ويسأل فى العلانية ليطابق [illegible] (قوله فيهما) أى فى الحدود والقصاص (قوله ان يبعث البياض) [illegible] ما ذكر من بعث البياض الا أن يقدر مضاف [illegible] كتابة العدل فى البياض الذى يبعثه القاضى [illegible] (قوله الى المعدل) متعلق [illegible] كذا [illegible] شيخنا (قوله انه عدل جائز الشهادة) ظاهره انه لا يكتفى فى التزكية بمجرد قوله انه عدل بل لا بد من قوله جائز الشهادة لانه لا يلزم من كونه عدلا أن يكون مقبول الشهادة [illegible] والاصح انه يكتفى بقوله هو عدل كما فى الزيلعى ومثله فى التنوير وشرحه [illegible] فى البحر واختار السرخسى انه لا يكتفى بقوله هو عدل لان المحدود [illegible] الشهادة وينبغى ترجيحه انتهى وكذا [illegible] لا أعرف [illegible] تعديل وفيه عن تهذيب القلانسى لما تعذرت التزكية فى زماننا [illegible] أبى ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن انتهى قال فى البحر [illegible] الكتب المعتمدة [illegible] الخلاصة

والبزازية من انه لا عين على الشاهد لانه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصا في زماننا اذ الشاهد مجهول الحال وكذا المزكى غالبا والمجهول لا يعرف المجهول قال في الدر وأقره المصنف ثم نقل عن الصيرفية تفويضه للقاضي (قوله بل يسكت) احترازا عن المتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح زيلعي وعيني وقوله ويقول بالواو وفي الهداية او يقول قال شيخنا وهو الوجه (قوله ومن لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب انه عدل) قال شيخنا مخالف لما في الزيلعي والعيني والبحر من انه يكتب انه مستور انتهى وكذا الحموي استشكله أيضا بأنه حيث لم يعرفه بالعدالة كيف يصفه بها قال ثم رأيته صرح في النهاية بأنه يكتب انه مستور انتهى (قوله ربما يخدع المزكى) بالبناء للمفعول أي يخدع المدعى عليه أو الشاهد المعدل بمال يدفعه حموي فان كان المال المدفوع للمعدل من جهة المدعى عليه فالغرض حينئذ حثه على عدم تعديل من هو عدل وان من جهة الشهود كان لاجل تعديل من لم يكن عدلا قلت ويحتمل ان يكون الخداع من المدعى ولم أدر ما السر في عدم ذكر السيد الحموي له مع انه الغالب (قوله أو يقصر الخ) للسر فائدة اخرى هي ان المزكى اذا جرح الشاهد يقول القاضي للمدعي زدني شهودا او يقول لم تحمد شهودك ولا يصرح القاضي بانهم جرحوا ستراً للشاهد والمزكى ولو عدله واحد وجرحه آخر فعند الامامين الجرح اولى وعند محمد تتوقف الشهادة حتى يجرحه آخر او يعدله فيثبت الجرح او التعديل وان جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى عندهم وان جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح اولى ولو عدل في حادثة وقضى به ثم شهد في اخرى فان بعدت المدة اعيد والالا ولا يعدل غريب حتى تمضي سنة عند أبي يوسف ولم يقدره محمد بل على ما يقع في القلوب الوثوق به وبه يفتى بحر (قوله وفي العلانية الخ) تقدم ان المفتى به الاكتفاء بتزكية السر ولهذا قال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة (قوله ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد الخ) لتنتفي تهمة شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم كذا في التبيين (قوله فيسأل المزكى) بنصب يسأل عطفا على يجمع (قوله وان كان محدودا في القذف) أو عبدا او امرأة او اعمى او صبيا او احد الزوجين للآخر او الوالد لولده وعكسه او العبد لمولاه وعكسه قال في البحر وخرج من كلامه تزكية الشاهد بعد الزنا فلابد في المزكى فيهما من اهلية الشهادة والعدد الاربعة اجماعا ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها (قوله وتعديل الخصم لا يصح) هذا تفريع من الامام على قول من يرى السؤال عن الشهود كتفريعه مسائل المزارعة واما على قوله فلا يتأتى ذلك وانما لا يصح لانه ظالم وكاذب في زعم المدعى وشهوده عيني وقيده في البزازية بما اذا لم يكن المدعى عليه ممن يرجع اليه في التعديل فان كان صح تنوير وشرحه وشمل الخصم المدعى والمدعى عليه وان اراد به المدعى عليه وهو الظاهر فعدم صحته من المدعى بالاولى كتعديل الشاهد نفسه وشمل ايضا ما اذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية مع انه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في انكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن ولم يذكر تعديل احد الشاهدين صاحبه بان عرف القاضي احد الشاهدين بالعدالة دون الآخر فعدله الذي عرفه بالعدالة قال نصير لا يقبل القاضي تعديله ولابن سلمة فيه قولان بحر (قوله حتى لو قال المدعى عليه الشهود عدول الخ) الا انهم اخطؤا أو نسوا اما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق بحر عن الهداية ويقضى عليه حينئذ باقراره لا بالبينة عند الجمهور در عن الاختيار زيلعي بقي ان ظاهر كلام المصنف والشرح انه لا فرق في عدم صحة تعديل الخصم بين ان يزيد على وصفهم بالعدالة قوله الا انهم اخطؤا أو نسوا او لم يزد شيئا وبه صرح في الدر اذ مجرد وصفهم بالعدالة لا يستلزم قبول شهادتهم وما سبق عن البحر من تقييده به للاحتراز عما لو سكت ولم يزد شيئا بعد وصفهم بالعدالة بل توطئة لقوله اما اذا قال صدقة او هم عدول صدقة الخ (قوله مطلقا) اى سواء كان عدلا او غير عدل فهو في مقابلة ما سيأتي عن الصاحبين من انه يجوز تزكيته ان كان عدلا

(قوله

[هامش:] بل يسكت ومن لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب انه عدل وينبغي ان يكون المزكى عدلا غير طماع وفقير وانما كان ذلك في السر اذ لو ظهر ربما يخدع المزكى بالمال او يقصر في التعديل للمخافة وفي العلانية لا بد ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد في مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضرة الشهود اهؤلاء عدول مقبولو الشهادة ويشترط في المزكى للعلانية ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في القذف سوى لفظة الشهادة وفي تزكية السر يشترط عدالة المزكى فقط وان كان محدودا في القذف كذا في الذخيرة (وتعديل الخصم لا يصح) حتى لو قال المدعى عليه الشهود عدول لا يقضى بشهادتهما مطلقا حتى يسأل من غير الشهود عليه

(قوله وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته الخ) عبارته عند محمد لابد من ان ينضم اليه شخص آخر لانه لا يكتفى في التزكية بالواحد عنده وعند ابي يوسف يكتفى (قوله والواحد يكفي الخ) اطلقه فشمل العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف اذا تاب والصبي والاحدار وغير الاخر والوالد لولده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه وترجيح كلامه التزكية في حد الزنا وكذا يكتفي بالواحد في التقويم للمتلفات ذكره ابن وهبان لكن في البزازية لابد من تقويم عدلين لمعرفة المقصود نحتاج الى الفرق بين المعوض وفي تقويم نصاب السرقة لابد من اثنين كما في العناية وكذا يكتفي بالواحد في الجرح وقدمه [illegible] الارش وعند الاختلاف في صفة المسلم فيه بعد احضاره والاخبار بافلاس المحبوس لاطلاقه والاخبار بعيب المبيع والاخبار برؤية الهلال والاخبار بالموت للشاهدين وكذا ما كان من الديانات يقبل فيه قول الواحد العدل كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته وكذا يقبل دون العدل في عزل الوكيل وحجر المأذون واخبار البكر بالنكاح وليها واخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذي لم يهاجر كما قدمناه في دول ابي حنيفة من اشتراط احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة [illegible] وقوله والاخبار بموت للشاهدين سيأتي في كلام الشارح محكيا بقيل حيث قال بعد قول المصنف ولا يشهد بما لم يعاينه الا النسب الخ وقيل يكفي في الموت باخبار واحد او واحدة (قوله الا تزكية) اي تزكية السر اما تزكية العلانية فيشترط فيها العدد بحر عن الخصاف ولو قال الواحد العدل المسلم لكان اولى لاشتراط العدالة فيها اي التزكية والاسلام في المزكي لو المشهود عليه مسلما بحر نقلا عن البزازية (قوله وارساله من القاضي الى المزكي) لو ابقى المتن على اطلاقه متنا ولا لرسول المزكي الى القاضي كما في البحر عن الشيخ لكان اولى (قوله والترجمة) ليس المراد التسوية بين الثلاثة من جميع الوجوه بل من حيث الاكتفاء بالواحد والا ففي التزكية والترجمة فرق فان الترجمان لو كان اعمى لا يجوز عند الامام ويجوز عند الثاني وقدمنا ان تزكية الاعمى جائزة ولا يكون المترجم امرأة كما قدمناه عن الخزانة ويصح للتزكية واطلق الترجمة فشمل المترجم عن الشهود او عن المدعي او المدعى عليه لا الاول فقط كما يوهمه كلام الزيلعي [illegible] وقال اراد بها المترجم عن الشهود ثم الترجمة مصدر ترجم كلامه اذا بينه واوضحه [illegible] كلام غيره اذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم واسم الفاعل ترجمان وفيه لغات اجودها فتح التاء وضم الجيم والثانية ضمهما معا والثالثة فتح التاء تابعة للجيم والثالثة فتحهما معا بجعل الجيم تابعة للتاء بحر عن المصباح (قوله اذا كان القاضي لا يفهم لغة الشاهد) فلو عرف القاضي لغة شاهد لم يحتج الى ترجمان المبسوط [illegible] رجل مسلم ثقة واحد [illegible] وقع في الجاهلية والاسلام حموي (قوله والاثنين احوط) [illegible] اي التزكية وارساله والترجمة (قوله هذا عندهما) اي لا يكتفى بالواحد في التزكية لانها [illegible] شهادة حقيقة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة بيني (قوله وعند محمد لا يكفي الا اثنان) لان [illegible] التزكية على مراتب الشهادة فقال يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد وصفة [illegible] تزكية شهود الزنا اربعة [illegible] الحدود [illegible] يطلع عليه الرجال امرأة واحدة زيلعي [illegible] كلام الشارح [illegible] وعند محمد لا يكفي الا اثنان [illegible] المشهود به من الحدود [illegible] بالواحد في ارساله والترجمة [illegible] كان الاثنان احوط [illegible] حموي قال [illegible] المريض [illegible] (قوله في تزكية شهود الزنا عند محمد) هذا في تزكية [illegible] الى هذا يشير كلام الزيلعي (قوله نوع ثبت بنفسه) اي ثبت حكمه [illegible] اي من غير احتياج اليه (قوله كالبيع) ولو [illegible] في الشهادة [illegible] الحكم [illegible] لا [illegible]

والمضاربة والهبة والشركة (قوله والاقرار) ولو بالكتابة فيكون مرتبادر (قوله وحكم الحاكم) اطلقه فعم القولي والفعلي فان كان الاول فمن المسموع وان كان الثاني فمن المرئي (قوله وان لم يشهد عليه) لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به عيني ولو ابدل المؤلف قوله وان لم يشهد عليه بقوله ولو قال له لا تشهد علي لكان افود لما في الخلاصة لو قال المقر لا تشهد علي بما سمعت يسعه الشهادة انتهى فيعلم حكم ما اذا سكت بالاولى بحر قال وعن الحسن بن زياد انه اذا قال له لا تشهد علي لا يشهد عليه (قوله لف ونشر) أي مرتب وانما يكون البيع من قبيل المسموع اذا صدر بالعقد أما اذا كان بالتعاطي فلا وكذا الحكم اذا كان قولا أما اذا كان بالفعل فلا ولعل هذا هو السر في اطلاق الشارح اللف والنشر حموي (قوله ولو شهد بما فسر للقاضي لا يقبل) حقه ان يكون مؤخرا عن قوله الا اذا دخل البيت وعلم الخ كما في الزيلعي والعيني والدر (قوله وهكذا قالوا اذا سمع الرجل صوت امرأة الخ) في جامع الفصولين حسرت يعني عن وجهها وقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان مادامت حية اذ يمكن الشاهدان يشيرا اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين بنسبها وقال قبله لو اخبر الشاهد عدلان ان هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى فان عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغي للعدلين ان يشهدا الفرع على شهادتهما فيشهد عند القاضي بالاسم والنسب أو يلحق اصالة بحر فتحصل منه ان الفتوى على عدم اشتراط رؤية وجه المرأة وفيه عن العيون رجل خبأ قوما لرجل ثم سأله عن شئ فأقر وهم يسمعون كلامه ويرونه وهو لا يراهم جازت شهادتهم وان لم يروه لا يحل لهم الشهادة انتهى (قوله وشهد عنده اثنان الخ) اطلقه فشمل تعريف من لا تقبل شهادته لها كالاب والزوج وبه صرح في جامع الفصولين شرنبلالية قال وجه الشهادة على المنتقبة قال به بعض مشايخنا عند التعريف (قوله لا يجوز ان يشهد عليها) الا اذا رأى شخصها حال اقرارها فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها شرنبلالية (قوله ونوع لا يثبت حكمه) كالشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد (قوله ما لم يشهد عليه) قيده في النهاية بما اذا سمعه في غير مجلس القاضي فلو فيه جاز وان لم يشهد شرنبلالية عن الجوهرة ويخالفه تنوير وصدر الشريعة وغيره الخ الدرر ولو قال كما في الهداية ما لم يشهد عليها لكان أولى من قوله عليه لما في البحر عن الخزانة لو قال اشهد على بكذا أو شهد على ما شهدت به كان باطلا ولا بد ان يقول اشهد على شهادتي وانما توقف على الاشهاد لان الشهادة ليست موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بعد النقل الى مجلس القضاء فيشترط فيها التحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا ينبغي له ان يشهد لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه زيلعي ولا بد من قبول التحمل وعدم النهي بعده كما في الدرر فليس له ان يشهد بعد الرد أو النهي قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وان لم يشهدهما القاضي عليه لان القضاء حجة ملزمة فحل له ان يشهد بها وفي البحر عن شرح أدب القضاء ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتب عنده انه امضى ذلك فان القاضي يقبله الخ (قوله ولا يجوز للشاهد اذا رأى خطه الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لانه يحتمل التزوير عيني واعلم انه لا يجوز القضاء بالخط وان كان بين الخطين تشابه وهو الصحيح خلافا لما في فتاوى قاري الهداية قال في شرح التنوير أخرج المدعي خط اقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين مشابهة ظاهرة على انهما خط واحد لا يحكم عليه بالمال هو الصحيح خانية واعتمده في الاشباه لكن في شرح الوهبانية لو قال هذا خطي لكن ليس علي هذا المال ان كان الخط على وجه الرسالة مصدرا معنونا لا يصدق ويلزم بالمال ونحوه في الملتقط در (قوله الا ان يتذكر الحادثة) وان لم يعرف مكان الشهادة ووقتها بحر عن

الملتقط (قوله قيل هذا قول أبي حنيفة) يفهم منه ان كون هذا قول الامام فيه خلاف حموي (قوله وقالا له ان يشهد الخ) ظاهر كلام الشارح ان أبا يوسف مع محمد حتى في الشهادة ويخالفه ما في الزيلعي والعيني والبحر من ان أبا يوسف جوز العمل بالخط اذا تيقن انه خطه للراوي والقاضي دون الشاهد وبهذا قال السيد الحموي فيه ان أبا يوسف مع أبي حنيفة في الشهادة ومع محمد رحمه الله في القضاء والرواية انتهى ويمكن دفع التخالف باختلاف النقل عن أبي يوسف وجه الفرق ان خط القاضي والراوي يكونان تحت أيديهما في قمطرهما فقد أمن عليه من التغيير والتبديل ولا كذلك خط الشاهد لكونه في يد الخصم والقمطر ما تصان فيه الكتب بكسر القاف وفتح الميم وتسكين الطاء ولا يقال بالتشديد وينشد

ليس بعلم ما يعي القمطر * ما العلم الا ما وعاه الصدر

ومحل الخلاف في القاضي اذا وجد قضاءه مكتوبا عنده واجمعوا ان القاضي لا يعمل بما يجده في ديوان قاض آخر وان كان مختوما بحر عن الخلاصة (قوله اذا علم انه خطه) جزم في البزازية بانه يفتى بقول محمد الا اذا تبين للقاضي انه يشهد اعتمادا على الخط لا عن علم بحر وقدمنا انه يعمل بدفتر البياع والصراف والسمسار ورأيت بخط شيخنا عن خزانة الاكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم ثم مات فجاء غريمه يطلب من الورثة وعرض خط الميت فعرف الناس خطه حكم بذلك في تركته ان اثبت انه خطه وقد جرت العادة بمثله انتهى واستشكله الطرسوسي ونقل استشكاله عن والده أيضا بان الاصحاب انكروا على مالك في قبول الشهادة على الخط وقالوا ان الخط يشبه الخط وهنا لم يعتبر واهذا الخ (قوله ولا يشهد بما لم يعاينه الخ) شروع في الكلام على ما تجوز الشهادة به بالتسامع وهي عشرة كما في الدر عن شرح الوهبانية منها العتق والولاء عند أبي يوسف والنسب والموت والنكاح والمهر على الاصح ووجهه كما في البحر انه من توابع النكاح فكان كاصله والدخول بزوجته وولاية القاضي وأصل الوقف بل وشرائطه على المختار كما مر في بابه وأصله كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه والاصح شرائطه انتهى (تتمة) الاوقاف اذا انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة بحر عن الفتح (قوله الا النسب) والحاصل ان الشهود اذا شهدوا بنسب فان القاضي لا يقبلهم ولا يحكم به الا بعد دعوى مال الا في الاب والابن كما في البحر وأراد بدعوى المال النفقة أو الارث شيخنا (قوله والموت) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين كون الميت مشهورا اولا وقيده في المعراج بان يكون عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو نحوه فانه لا يجوز الا بالمعاينة والقتل كالموت كما في الخلاصة وغيرها لكن بالنسبة لاعتداد المرأة وتزوجها اذا أخبرت بقتله لا لثبوت القصاص وأشار المؤلف الى ان المرأة تعمل بالسماع ففي البزازية قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا واذا لم يعاين المخبر الا واحد فالحيلة ان يخبر بذلك عدلا مثله اذ لو شهد هو وحده لا يقضي القاضي بشهادته وحده فاذا سمع العدل منه ذلك حلت له الشهادة فيشهدان معا ويقضي بشهادتهما بحر وظاهر قول الشارح وقيل يكتفى في الموت باخبار واحد الخ ان المذهب في الموت عدم الاكتفاء بالواحد وصححه في الظهيرية كما في البحر لكن نقل بعده عن الفتح ان المختار الاكتفاء بالواحد في الموت والعدالة انما تشترط في الخبر في غير المتواتر ففي المتواتر لا تشترط العدالة ولا لفظ الشهادة والمراد بقوله من يثق به غير الخصم كما في البحر وفي الدر عن شرح الوهبانية لا بد وان لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له انتهى (تتمة) شهد رجل بالموت وآخر بالحياة فالمرأة تأخذ بقول من كان عدلا منهما سواء كان العدل اخبر بالحياة او الموت ولو كانا عدلين تأخذ بقول من يخبر بالموت حموي عن فتاوى رشيد الدين (قوله اذا اخبره الخ) يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل أما الذي يشهد عند القاضي فلا بد من لفظها بحر (قوله والقياس ان لا تجوز الخ) لانها بلا علم ولا مشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون والاعصار فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع

قيل هذا قول أبي حنيفة وقالا له ان يشهد ويقضي ويروي اذا علم انه خطه على الحقيقة (ولا يشهد بما لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق به) استحسانا والقياس ان لا تجوز الشهادة بالتسامع في ذلك

لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام عيني (قوله ويشترط فيها ان يخبره رجلان الخ) ليحصل له نوع علم أوغلبة ظن [illegible] يشترط في الاخبار افنا الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة زيلعي وفيه بحث لان كلامه هنا يفيد ان المذهب الاكتفاء بالواحد في الموت مع ان قوله قبل ذلك لو قيل في الموت يكتفي بواحد [illegible] يفيد انه خلاف المذهب شرنبلالية (قوله وقيل يكتفي بالموت باخبار واحد) بالنسبة للشهادة وأما القضاء فلابد له من شهادة اثنين بدليل قولهم ولم يحضر الموت الا شخص واحد وأراد ان يشهد يعوّد [illegible] كم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم كما سبق (قوله أو له) لانه هو الذي يشتهر عيني ولانه يبقى على الاعصار بحر (قوله دون شرائطه) هو الصحيح كما في البحر عن البزازية وفيه عن الفصول العمادية المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف ثم نقل عن المجتبى ما نصه المختار ان تقبل على شرائط الوقف قال واعتمده في المعراج وقواه في فتح القدير الخ والحاصل ان اختيار قبول الشهادة بالشهرة على الشرائط غير محكي في كلام صاحب البحر بقول المشعرة بالضعف خلافا لمن عزا ذلك اليه نعم حكاه في الدرر بقيل لكن لم يعزه للبحر فلو عزا ما حكاه بقيل للدرر كان صوابا (تتمة) اختلفوا في قبول شهادة أهل المحلة بوقف المسجد وشهادة الفقهاء على وقف المدرسة وهم من أهل تلك المدرسة والمعتمد القبول بحر (قوله وعن أبي يوسف انه يجوز) لان الولاء بمنزلة النسب ولنا انه يبنى على زوال الملك ولابد فيه من المعاينة فكذا ما ينبنى عليه وذكر شمس الائمة السرخسي ان الشهادة بالعتق يعني بالتسامع لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف ثابت فيه أيضا الخ الزيلعي بقي ان يقال ما جعله الشارح والزيلعي رواية عن أبي يوسف مخالف لما في الشرنبلالية عن شرح المجمع معزيا للمحيط حيث قال وعند أبي يوسف آخرا تقبل الشهادة على الولاء بالسماع انتهى (قوله أي لذي اليد) لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك ثم اعلم انه انما يشهد بالملك لذي اليد بشرط ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبره لم تجز له الشهادة بالملك له كما في الخلاصة وأشار المؤلف الى ان القاضي لو رأى شيئا في يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك كما في الخلاصة والبزازية قال في البحر وبه ظهر ان قول الزيلعي ان القاضي لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان سهو الا ان يحمل ما قالوا لو رأى شيئا في يد انسان ثم رآه في يد غيره بانه لا ينتزع منه أي من غيره ان يدعيه الاول [illegible] في الفتاوى فيما اذا ادعاه المالك وما في الزيلعي فيما اذا لم يدعه انتهى ورده العلامة المقدسي بانه لا سهو في كلام الزيلعي ومراده ان القاضي لا يقضي به قضاء صحيحا مبرما بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل ما صرح به قبيل هذا في اول القولة بانه يقضي به قضاء ترك يعني انه يترك في يد ذي اليد ما دام خصمه لا يجيء به حموي واقول لا حاجة الى تكلف ابداء وجه التوفيق ودفع المعارضة لان المسئلة مختلف فيها فما في الزيلعي مبنى على قول المتأخرين من ان القاضي ليس له ان يقضي بعلمه وهو المفتى به وما في الخلاصة والبزازية مبنى على مقابله (قوله اذا وقع في قلبه الخ) ليحصل له نوع علم او غلبة ظن ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة في يد كناس اوكتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه ان يشهد له عيني (قوله وقال الشافعي الخ) لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف ولنا التصرف أيضا متنوع الى وكالة واصالة وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتري لاحتمال ان البائع لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان يكون ما في يد ملكا له او نيابة في يد غيرهم عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي به القاضي باليد قضاء ترك زيلعي (قوله وبه قال بعض مشايخنا) المراد به الخصاف زيلعي كذا قيل واقول عبارة الزيلعي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف فليس في عبارة الزيلعي ما يعين كون المراد ببعض المشايخ في كلام الشارح هو الخصاف اذ لا مانع من ان يكون بعض المشايخ غير الخصاف قال به أيضا فالصواب ابدال قوله المراد به الخ بقوله كالخصاف (قوله وأما العبد

ويشترط فيها ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان وقيل يكتفي في [illegible] واحد او واحدة واما الوقف [illegible] الشهادة بالتسامع في [illegible] الامام ظهير [illegible] بيان [illegible] هذا ووقع على [illegible] ونحو ذلك حتى لو [illegible] الشهادة لا تقبل [illegible] الوقف ان [illegible] شهادتهم على [illegible] الشروط ولا [illegible] اما الشروط [illegible] ومعنى قوله دون [illegible] في الذخيرة [illegible] ذكروا ان هذا وقف [illegible] شرائطه [illegible] انهم شهدوا انه [illegible] كذا حتى [illegible] فيصرف الى كذا [illegible] شهادتهم لا تقبل شهادتهم [illegible] على هذا لا شياء [illegible] الاستثناء [illegible] ان يشهدوا [illegible] الولاء وعن ابي [illegible] في غيرها كالولاء [illegible] التسامع [illegible] في يده شيء سوى [illegible] انه يجوز (ومن في يده) أي لذي [illegible] ان يشهد بالملك [illegible] له انه ملكه [illegible] اذا وقع في قلبه انه ملكه [illegible] لا يحل له [illegible] دليل [illegible] وقال الشافعي [illegible] ان يشهد بالملك [illegible] التصرف وبه قال بعض [illegible] الملك اليد مع التصرف [illegible] مشايخنا واما العبد والامة

الخ) مقصوده من هذا تقييد اطلاق المصنف حموي (قوله فكذلك يحل) لان الرقيق او الصغير الذى لا يعبر عن نفسه يكون فى يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال زيلعي (قوله وان كانا كبيرين او صغيرين الخ) صريح فى ان المراد بالكبير البالغ وهو خلاف ما نقل فى البحر عن النهاية من ان المراد بالكبير فى كلامهم هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أو لا انتهى فلو قال الشارح وان كانا كبيرين يعبران عن انفسهما الخ وحذف قوله أو صغيرين لكان اولى (قوله فذلك مصرف الاستثناء) لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان الحر يستخدم أيضا طائعا كالعبد عيني (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف الخ) موافق لما فى الزيلعي عن الكافي قال وفى الهداية جعل ذلك عن ابى حنيفة يعنى فقط (قوله انه يحل له) لان اليد دليل الملك مطلقا الا ترى ان من ادعى رقيقا فى يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذى اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه زيلعي (قوله ثم المسئلة الخ) وهى شهادته بالملك لمن فى يده شئ سوى الرقيق حموي (قوله حل له ان يشهد استحسانا) لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا عيني تبعا للزيلعي وعزاه فى البحر الى النهاية ونقل عن فتح القدير انه تعقبه بان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملك تلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك فى الضيعة انتهى (قوله لا يسعه ان يشهد) لانه لم يحصل العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة عيني ولو عاين دابة يتبع دابة ونتج عنده ان يشهد بالملك والنتاج بحر عن البزازية (قوله وان فسر للقاضي الخ) وفى الدرر الغرمية بالعزو الى تجنيس الملتقط معنى التفسير ان يقول لا نشهد لانا سمعنا من الناس اما لو قالا انا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت فى الكل وصححه شارح الوهبانية انتهى (قوله لا تقبل) لانه اذا اطلق يقع فى قلب القاضي صدقه فيكون شهادته عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد درر عن الكفاية ولهذا قالوا ينبغي للشاهد بالتسامع ان يطلق فى اداء الشهادة ولا يفسرها والمرسل من الاخبار هو ان يترك الواسطة التى بينه وبين الرسول و يقول قال رسول الله كذا بخلاف المسند كذا بخط شيخنا ورأيت بخطه أيضا ما منه يستفاد ان المرسل عند المحدثين ما حذف منه آخر السند وهو الصحابي وفى اصطلاح الاصوليين هو الذى حذف منه السند بتمامه وفى هذا المقام كلام يعلم بالرجوع الى الفية العراقي وشرحها (قوله وفى صورة الموت ولو فسر الخ) على الاصح كما فى التحرير ويراد النكاح والنسب على أحد القولين ظهيرية كذا قيل وأقول ظاهر قوله على احد القولين انهما على حد سواء وليس كذلك بل عبارة الظهيرية ظاهرة فى ترجيح عدم القبول ولفظها على ما وجدته بخط السيد الحموي لو شهد على النكاح والنسب وفسر وقال انى سمعت ذلك من قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب لا تقبل شهادته وقال بعضهم تقبل انتهى فلو نقل العبارة برمتها ولم يتصرف لكان اولى (قوله حتى لو فسر للقاضي قبل) تفسيره فتقبل شهادته لان ذلك يزيد القاضي علما وهو لم يشهد الا بما علم فيوجب قبولها عيني

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

يقال قبلت القول حملته على الصدق بحر عن المصباح لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع شهادته ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشرط مقدم على المشروط حموي والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لان من يصح قبوله

ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك يحل للراوي الشهادة وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك يحل وان كانا كبيرين أو صغيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء وعن ابى حنيفة وأبي يوسف انه يحل له ان يشهد فيهما أيضا ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة ثم رآه فى يد الآخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد للاول بالملك وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان ابن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا وان لم يعاين الملك والمالك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان ابن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد (وان فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع) وفى صورة الموت والوقف (او بمعاينة اليد لا تقبل) وهو الصحيح وفى صورة الموت والوقف لو فسر تقبل اذا اسنداه الى من يثق به (ومن شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء كان بصيرا وقت التحمل اولا وسواء كان فيما يجرى فيه التسامع اولا

أولا يصح لان القضاء بشهادة الفاسق يصح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد لابيه وعكسه لكن في خزانة المفتين قضى بشهادة الاعمى او المحدود في القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع آخر او بشهادة الوالد لولده او عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني ابطاله وان رأى بطلانه انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله بحر (قوله وقال زفر الخ) لان الحاجة في هذه الاشياء الى سمعه وهو صحيح لا آفة به عيني واختاره في الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير ذكر خلاف بحر (قوله وقال أبو يوسف والشافعي اذا تحمل الشهادة وهو بصير الخ) لحصول العلم بالمعاينة وهو في الحفظ والاداء كالبصير فلم يفته الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة فكان فيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه لضرورة اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة زيلعي بقي ان يقال بماذا يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد في ذلك غير مقبول وقول المدعي كذلك والمدعى عليه منكر للشهود به أصلا قالوا يتصور ذلك فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي او كان القاضي يعرف الوقت الذي عمي فيه وتاريخ الدعوى سابق على ذلك حموي عن النهاية (قوله وقال مالك تقبل شهادته مطلقا) أي سواء شهد بما يجري فيه التسامع ام لا وهذا مخالف لما في شرح المجمع لمصنفه حيث قال ان مذهب مالك كزفر فالموافق لما في شرح المجمع لمصنفه ان يكون مذهب مالك قبول شهادة الاعمى فيما يجري فيه التسامع لا مطلقا خلافا لما ذكره الشارح الى هذا أشار بعضهم واقول مبنى هذه المخالفة قول الشارح وغيره كالزيلعي والعيني وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو مخالف لما في شرح المجمع لابن فرشته معزيا للذخيرة حيث قال ان شهادة الاعمى فيما يجري فيه التسامع تقبل بالاخلاف والخلاف فيما لا تجوز فيه الشهادة بالتسامع انتهى فاستفيد من كلام ابن فرشته ان زفر يقول بالقبول مطلقا سواء شهد بما يجري فيه التسامع ام لا فتحصل من كلامهم ان النقل عن زفر قد اختلف وكذا عن مالك أيضا اذ ما عزاه الشارح لمالك من القبول مطلقا على انه قول مالك وان كان موافقا للزيلعي لكن جعله العيني رواية عنه بعد ان ذكر اولا مانصه وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وبه قالت الثلاثة الخ اذا علمت هذا ظهر انه لا وجه للاعتراض على الشارح بكلام شرح المجمع (قوله وعند أبي يوسف لا يمتنع الخ) لانها أديت بشرائطها وقبلت فيقضى بها كما لو مات الشاهد بعد الاداء او غاب وقالا لا يقضى بها لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لانها تصير حجة عنده وقد فات كما لو جن او خرس او فسق بخلاف الموت لان الاهلية تستقر به ولا تبطل والشيء بانتهائه يتقرر وبخلاف الغيبة لانها لا تنافي الاهلية كذا في شرح المجمع لابن فرشته واعلم ان الشارح لو اقتصر في عزو قبول شهادة الاعمى الى أبي يوسف على ما اذا كان بصيرا وقت التحمل لعلم قبولها عنده في الوجه الثاني بالاولى قال شيخنا وما ذكره صدر الشريعة حيث قال وقول أبي يوسف اظهر ترجيح لقول أبي يوسف فيما اذا تحمل وهو بصير وادى وهو اعمى وفيما اذا أدى وهو بصير فعمي قبل القضاء (قوله والمملوك والصبي) والاخرس والمغفل والمجنون الا في حال الصحة بحر اطلق في الصبي فشمل ما في الدر من عدم قبول شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب قال ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وعزاه الى البزازية والشرنبلالية قال لكن في الحاوي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كيلا يهدر الدم انتهى والخنثى المشكل كالانثى لانه يعامل بالاضر وانما لا تقبل شهادة المملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فأولى ان لا يكون لهما الولاية على غيرهما وعن أحمد تجوز شهادة المملوك وعن الخرقي تجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود وقال البخاري في صحيحه وقال الحسن رحمه الله شهادة

العبد

وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجري فيه التسامع وقال ابو يوسف والشافعي اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى تقبل وقال مالك تقبل شهادته مطلقا ولو عمي بعد الاداء وقبل القضاء يمتنع القضاء عندهما وعند ابي يوسف لا يمتنع بل يقضى بها (و) لا تقبل شهادة (المملوك) مطلقا سواء كان قنا او مكاتبا او مدبرا (والصبي)

العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن اوفى عينى لكن قوله وقال البخارى وقال الحسن مخالف لما فى الفتح والاتقانى والدى فيهما بدل قوله وقال الحسن وقال أنس والخزنى بفتحتين الى قرية بمرو وبالكسر الى بيع الخزف والثياب شيخنا عن اللب واعلم ان الولاية المنفية عن المملوك والصبى هى الولاية العامة فلا يرد انهما يصلحان وكيلين ولاشك ان للوكيل ولاية على الموكل لان هذه ولاية خاصة والمنفية العامة (قوله خلافا لمالك فيهما) ظاهره قبول شهادة الصبى عند مالك مطلقا وليس كذلك بل فيما لا يحضره الا الصبيان كما فى العينى (قوله الا ان يتحملا الخ) ولو اعتقه درر وبحر يعنى تحملها السيده وهو رقيق فاداها بعد العتق تجوز (قوله والبلوغ) وكذا بعد ابصار واسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لان المعتبر حال الاداء وفى البحر ممن حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل الا فى أربعة عبد وصبى وأعمى وكافر على مسلم وادحال الكمال احد الزوجين مع الاربعة شهود رفعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج بعد ردها ولو بعد الطلاق بقى ان يقال مقتضى قوله فى الدر وطلاق زوجته انه اذا تحمل الشهاده حال قيام الزوجية لزوجته ثم أداها بعد الابانة تقبل ولو قبل انقضاء العدة وليس كذلك فيحمل على ما بعد انقضاء العدة والقرينة على هذا الحمل ما سيصرح به حيث عزا للقنية ما نصه طلقها ثلاثا وهى فى العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له الخ وما فى الصغرى مما يشير الى جواز الاداء بعد الابانة ولو قبل انقضاء العدة استدرك عليه فى الشرنبلالية بما ذكره الكمال عن المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام انتهى قال فيمكن حمل الابانة فى كلام الفتاوى الصغرى على انقضاء العدة جمعا بينهما انتهى (تتمة) شهد لها ثم تزوجها بطلت درر عن الخانية وقوله ثم تزوجها يعنى قبل القضاء بالشهادة (قوله والمحدود فى قذف) لان الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف الى ما يليه وهو واولئك هم الفاسقون درر وفى المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وروى عنه انها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر وروى عنه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته عينى واعلم ان الضمير فى لهم من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا عائد الى المحدودين وعند الشافعى الى القاذفين العاجزين عن الاثبات فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافا له بحر ولو أقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة فى الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته زيلعى بخلاف ما لو أقام البينة على اقرار المقذوف بالزنا حيث لا يشترط ان يكونوا أربعة حتى لو شهد رجلان او رجل وامرأتان انه أقر بالزنا بعد ما حد القاذف تعود شهادته فلو قال المؤلف والمحدود فى قذف وان تاب ان لم تقم بينة على صدقه لكان اولى بحر وفيه عن البدائع كل فاسق تاب عن فسقه قبلت توبته وشهادته الا اثنين المحدود فى قذف والمعروف بالكذب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه من توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر انواع الفسق فان شهادته تقبل انتهى واعلم ان الاستثناء فى كلام البدائع من قبول الشهادة لا من قبول التوبة بدليل قوله بخلاف الفاسق اذا تاب الخ فتوبة المحدود فى القذف والمعروف بالكذب مقبولة عند الله تعالى لكن لا تقبل لهما شهادة (قوله فحينئذ تقبل) وان ضرب اكثره بعد اسلامه على الظاهر لان للكافر شهادة فكان ردها من تمامه وبالاسلام حدث شهادة أخرى والموجود بعد الاسلام ليس حد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة فالاسلام لا يسقط حد القذف وهل يسقط شيئا من الحدود قال قارى الهداية اذا سرق الذمى او زنى ثم أسلم فان ثبت ذلك عليه باقراره او شهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد وان ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد انتهى قال فى البحر وينبغى ان يكون كذلك فى حد القذف وفى اليتيمة الذمى اذا وجب التعزير عليه فأسلم لا يسقط عنه ولم أر حكم الصبى اذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ ونقل الرازى عن الشافعى سقوطه بزجره بالبلوغ ومقتضى ما فى اليتيمة انه لا يسقط الخ (قوله وقال الشافعى تقبل شهادته اذا تاب) بناء على ان الاستثناء من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا فلما انه مستثنى من قوله وأولئك هم الفاسقون دل على

خلافا لمالك فيهما (الا ان يتحملا في الرق والصغر وادايا بعد الحرية والبلوغ) لا تقبل شهادة (المحدود في قذف وان تاب الا ان حد الكافر في قذف ثم اسلم) فحينئذ تقبل شهادته وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب وفي المحدود في غير القذف تقبل شهادته ان تاب وانما قيد بالكافر لانه لو حد العبد المسلم في قذف

ذلك ذكر التأبيد فى النهى عن قبول الشهادة فلو قبلت بعد التوبة لضاع ذكر التأبيد (قوله ثم عتق ترد شهادته) لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد العتق أما الكافر فهو من اهل ان يشهد على مثله فان قلت ما المراد بالشهادة المذكورة فى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الشهادة القائمة او الحادثة ان كان المراد القائمة ينبغى ان لا تقبل شهادته على أهل الذمة بعد الاسلام وان كان الحادثة ينبغى ان لا تقبل شهادته على المسلمين وتقبل شهادته لاهل الذمة وعليهم قال الشيخ شاهين قلت هذا سؤال خاتمة المحقق ين صدر الشريعة وأجاب عنه الاستاذ الصلاحى بان المراد أعم من ذلك كله لكونه نكرة فى حيز النفى لكن الاسلام يجب ما قبله (قوله والولد) ولو من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعنة لاصوله اوهو له أو لفروعه لثبوت نسبه من وجه بدليل صحة دعوته ولهذا تحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه فأحكام البنوة ثابتة من الطرفين الا الارث والنفقة كولد العاهر وولد أم ولد نفاه سيدها لا يشهد له ولا يعطيه زكاته بحر عن المحيط البرهانى وفيه عن الولوالجية وتجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته اذا لم تكن لامه اولضرتها الانها شهادة على أبيه وان كان لامه اولضرتها الاتجوز لانها شهادة لامه انتهى وقوله وان كان لامه الخ يعنى وكانت الام تدعى اذ لو كانت تجحد قبلت يدل عليه ماصرح هو به معزيا للولوالجية أيضا حيث قال وفيه عنها رجل شهد عليه بنوه انه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد فان كانت الام تدعى فالشهادة باطلة وان كانت تجحد فالشهادة جائزة لانها اذا كانت تدعى فهم يصدقونها فيما تدعى و يعيدون البضع الى ملكها بعد ما خرج وأما اذا كانت تجحد فيشهدون على امهم و أوردان الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الام وعدمها سواء لعدم اشتراطها وأجيب بانه مع كونه حقا لله تعالى فهو حقها أيضا فلم تشترط الدعوى للاول واعتبرت اذا وجدت مانعة من القبول للثانى عملا بهما وقيد بالشهادة لهم لان الشهادة على أصله وفرعه مقبولة الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لا تقبل لوجود المانع فى المشهود له الا اذا شهد لابن ابنه بالابنية على أبيه لانه لم يصر جدا حين شهد عليه بل بعد حكم الحاكم بموجب الشهادة والشئ لا ينفى موجب نفسه بحر عن المحيط (قوله لابويه الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه قال العينى ولو قال والفرع لاصله وبالعكس او لولد لآبائه وأمهاته لكان اولى (تتمة) روى ان الحسن بن على شهد لعلى مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلى ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن قال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة فى الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر الى آخر القصة وفيها فاستحسنه وزاده فى الرزق ومثل هذا لا يقدح فى العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة زيلعى ومعنى كونهما سيدى شباب أهل الجنة فى الجنة أنهما خيرا فى حال شبابهما بل صغرهما بفضائل عمن هو فى سنهما ابن حجر على الهمزية وقنبر بفتح القاف والباء كما فى البحر وأما قنبر بضم القاف فهو جد سيبويه ذكره الذهبى فى مشتبه الاسماء والانساب وفى تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر شريح ابن الحارث بن قيس الكوفى النخعى القاضى أبو امية ثقة وقيل له صحبة مات قبل الثمانين اوبعدها وله مائة وثمان سنين او اكثر يقال حكم سبعين سنة انتهى شيخنا (قوله وعكسه) بالرفع على انه مبتدأ محذوف خبره عينى (قوله وأحد الزوجين للآخر) ولو فى عدة الثلاث كما فى التنوير والمعتبر فى المنع الزوجية عند القضاء لا عند التحمل والاداء كما فى الدر وأما فى باب الرجوع فى الهبة فهى مانعة وقت الهبة لا وقت الرجوع فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه وفى باب اقرار المريض تعتبر الزوجية وقت الاقرار فلو أقر لاجنبية ثم نكحها ومات وهى زوجته صح وفى باب الوصية تعتبر الزوجية وقت الموت لا وقت الوصية وأطلق فى الزوجة فشمل الامة لان لها حقا فى المشهود به ولو شهد أحدهما على صاحبه يجوز الا فى مسئلتين قذفها ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة

ثم عتق ترد شهادته (و) لا تقبل شهادة (الولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للآخر والسيد لعبده) مطلقا سواء كان عليه دين أو لا (أو مكاتبه)

الثانية

الثانية شهد الزوج وآخر بانها اقرت بارق لفلان وهو يدعى لم تقبل كذا في البحر وهو ظاهر في ان المسئلة الثانية لارتباط ذات القذف خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم (قوله وما له في العنان) لا مخالفة بيننا وبينه في هذا كما اخبر بانه اتفقه من أهل مذهبه شيخنا (قوله ماشهادة احد المفاوضين الخ) قال السيد الحموى وانظر هل شركة الملك كشركة العنان والمفاوضة انتهى وأقول قال في البحر واطلقه فشمل شركة الاملاك وشركة العقود عنانا ومفاوضة ووجوها وصنائع وخصه في النهاية بشريك العنان قال وأما شهادة احد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ماعداها مشترك بينهما وتبعه في العناية والبناية وزاد في الفتح على الثلاثة الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم وتعقبه الزيلعي بانه سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير فلا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط انتهى وماذكره في النهاية هو صريح كلام محمد في الاصل كما ذكره في المحيط البرهاني ثم قال وشهادة أحد شريكى العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها ولم يذكر هذا التفصيل في المفاوضة لان العنان قد تكون خاصا وقد تكون عاما فاما المفاوضة لا تكون الا في جميع الاموال وعلى قياس ماذكره شيخ الاسلام ان المفاوضة تكون خاصة يجب ان تكون المفاوضة على التفصيل الذى ذكرنا في العنان انتهى وكذا لا تقبل شهادة الاجير الخاص لمستأجره مسانهة او مشاهرة أو التابع او التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت اى الطالب معاشه منهم من القنوع لا من القناعة وفي الجوهرة يعنى ان كل شهادة جرت مغنما اودفعت مغرما لم تقبل للتهمة قال فلا تقبل شهادة المستأجر للآجر بالمستأجر والمستعير للمعير بالمستعار اما الاجير العام كالخياط فتقبل ثم قال وهنا مسائل تتفرع على عدم شهادة الفريق الاولى شهدا ان زيدا أوصى بثلث ماله لفقراء بنى فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شيء لهما منها الثانية لو أوصى لفقراء جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك الثالثة لو أوصى لفقراء بيته واهل بيته وهما منهم لم تصح ولو كانا غنيين صحت والفرق بين الاوليين والثالثة انه يجوز ان يخصص البعض منهم بالصرف الثانية ولو أوصى لفقراء جيرانه فشهد من له اولاد محتاجون لم تقبل في حق الاولاد وغيرهم والفرق بينهما وبين أولادهما ان المخاطب لا يدخل تحت عموم خطابه ولم يتناوله الكلام بخلاف الاولاد فانهم يدخلون تحت الشهادة وانما أدخلنا المتكلم في مسئلة الشهادة لفقراء اهل بيته باعتبار انهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبنى تميم وذكر فاضيخان لو شهدا ان هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا قال الساطعى في الفرق ان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم يكن شهادة لنفسه لا محالة انتهى وأهل بيت الانسان لا يزول عنهم الاسم لانهم اقاربه الذين في عياله فلهذا لم تقبل فيها ولكن يشكل بمسئلة العيلة فان الاسم عنهم لا يزول مع ان فيه ولكن لا يدخلان قال في البحر وعكس الفرق في الوصية والوقف اشار اليه ابن الشحنة وأما شهادة الداخل لمديونه فمقبولة وان كان مفلسا الا بعد موته فلا تقبل وشهدا بالوقف لا تقبل شهادته بما يرجع الى الغلة لان له حقا في المشهود به فكان متهما واما فائدتها سقوط اليمين عن الناظر فلا يحلفه القاضى اذا اتهمه بحر (قوله والخنث) بالفتح من يفعل الردىء ويؤتى واما بالكسر فالذى في اعضائه وكلامه لين خلقة در (قوله ولا فرق بين ان تغنى للناس الخ) لحرمة رفع صوتها بخلاف الرجل فانه لا يمنع شهادته حتى يجمع الناس به ويأتى تقييده بما اذا فعله ليشتهر عند القاضى كما في مدمن الشرب على اللهو ذكره الولى در وعينى (قوله في القول والفعل) الواو بمعنى او شيخنا فاشار الى ان مجرد التشبه بالنساء في القول كاف في رد الشهادة سواء انضم اليه التشبه في الفعل ام لا ومافي الهداية من ان المخنث في اعضائه المتلين في كلامه شبها بالنساء مقبول الشهادة استدرك عليه الحموى بانا تشبه بالنساء حرام قال فليحرر (قوله ى لهم) الظاهر ان يقال فى بصيغة الجمع حتى يطابق المفسر حموى (قوله في مصيبة غيرها) فلو في مصيبتها تقبل لاضطرارها

ومالا يجمع المنافى الولد والوالد فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شهادة الغانى هو الذى لا زوج والشافعى ... احدهما ... له فهو يجوز ... (و) لا تقبل ... شريك ... فيما هو من شركتهما وهذا ظاهر فى شريك العنان اما شهادة احد المفاوضين لصاحبه فمقبولة في ... الحدود والقصاص والنكاح ... والمخنث (و) لا تقبل شهادة (المخنث والنائحة والمغنية) ولا فرق بين ان تغنى للناس او لا ... واما المخنث ... بالنساء في القول والفعل ... فمن يفعل الردىء ... أى آلة ... مقبول الشهادة والمراد بالنائحة التى تنوح في مصيبة غيرها

وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى درعن الوافى (قوله ولا فرق بين ان تكون النواحة بالمال أوبدونه) ففى تعليل الزيلعى والعينى بقوله لانها ترتكب المحظور لاجل الطمع فى المال فتجعله مكسبة وجرى عليه فى الدرر والفتح نظر لاقتضائه قبول شهادتها اذا كان بغير اجر (قوله والعدو) سواء شهد على عدوه أوغيره لانها فسق وهو لا يتجزأ وفى فتاوى المصنف لا تقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله وغيره وللحاكم تعزيره على تركه ذلك والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغى در ومقتضى التعليل بان العداوة فسق وهو لا يتجزأ رد شهادة العدو مطلقا سواء كانت شهادة العدو على عدوه اوله لكن سياق كلام البرجندى على ما نقل عنه الحموى يقتضى تخصيص المنع بما اذا كانت عليه فلوله قبلت لعدم التهمة وحاصله ان تعليل رد الشهادة بالفسق يقتضى المنع من القبول مطلقا سواء كانت الشهادة على العدو اوله والتعليل بالتهمة يقتضى تخصيص المنع بما اذا كانت الشهادة عليه فلوله قبلت ولعل فى المسئلة قولين لان منهم من علل بالاول ومنهم من علل بالثانى (قوله دنيوية) كشهادة المقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والمقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع فليس كل من خاصم شخصا فى حق وادعى عليه يصير عدواله كما توهمه بعض المتفقهة نعم لو خاصمه فى حق لا تقبل شهادته عليه فى ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه الخ بحر واما شهادة بعض القافلة لبعضهم على قطاع الطريق فانها تقبل شيخنا عن الخيرية (قوله ومدمن الشرب الخ) أى مداوم شرب الخمر على اللهو لانه مرتكب محرم دينه وفى الكافى انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فتلعب به الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وفى فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة وفى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر كذا فى الزيلعى والعينى وفى الزيلعى أيضا عن النهاية ان الادمان شرط فى الخمر أيضا فى حق سقوط العدالة فهذه النقول صريحة فى عدم الفرق فى اشتراط الادمان بين الخمر وغيرها اذا علمت هذا ظهر ان ما ذكره فى الدر تبعا للبحر من ان الادمان شرط فى غير الخمر لان بقطرة منها ارتكب الكبيرة فترد شهادته وما ذكره ابن الكمال يعنى من كون الادمان شرطا حتى فى الخمر غلط هو الغلط لما علمت من ان ابن الكمال لم ينفرد بذلك بل هو تابع للثقات من اهل المذهب كقاضيخان وغيره والعجب من صاحب البحر كيف غلط ابن الكمال مع ما نقله هو عن الصدر الشهيد ان الخصاف اسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح انتهى قال وفى العتابية لا تسقط عدالة اصحاب المروآت ما لم يشتهر وفى الظهيرية من سكر بالنبيذ بطلت عدالته فى قول الخصاف لان السكر حرام عند الكل وقال محمد لا تبطل عدالته الا اذا اعتاد ذلك قال فى البحر وهو عجيب من محمد لانه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره وظاهره انه يقول بان السكر منه أى من النبيذ صغيرة فشرط الاعتياد انتهى واقول فيه نظر ظاهر يعلم مما قدمه عن الصدر الشهيد من ان الادمان على شرب الخمر شرط لسقوط العدالة عند محمد مع انه ممن يقول بان مجرد شرب الخمر كبيرة ولو بدون ادمان واسكار ولهذا قال المقدسى انما فعل ذلك محمد يعنى حيث اشترط الاعتياد على السكر من النبيذ للاحتياط فى منع القليل يعنى من المسكر ولم يسقط العدالة الا اذا اعتاد ولم يكتف بالكثرة انتهى فان قلت لم اشترط الادمان فى الشرب دون غيره مما يوجب الحد قلت ذكر البرجندى ان الوقوع فى الشرب اكثر من الوقوع فى غيره فلو جعل مجرد الشرب مسقطا للعدالة لادى الى الحرج انتهى (قوله على اللهو) قيد به احترازا عما لو كان للتداوى (قوله ليتناول الاشربة المحرمة الخ) يعنى كما يتناول الحلال وقوله وغيرها ليس معطوفا على المحرمة بل مرفوع على الاستئناف مبتدأ خبره قوله لا يسقط العدالة ما لم يسكر (قوله بل ادمان السكر يسقط) لما كان ظاهره ان غيرها لا يسقط العدالة ما لم يسكر ان السكر بمجرده ولو بدون ادمان يسقط العدالة اضرب عنه

ولا فرق بين ان تكون النواحة
بالمال او بدونه كذا فى الاصل
(و) لا تقبل شهادة (العدو ان كانت
العداوة) عداوة دنيوية) وان كانت
عدو وقد تبينه لا تمنع) قبول الشهادة
وفى التنبيه هذا اذا كان غير عدل
وان كان عدلا لا تقبل فى الصحيح وفى
الخمر انه اذا عاد ومن يفرح بحزنه ويحزن
بفرحه وقيل يعرف بالعرف (و)
[illegible] شهادة (مدمن الشرب على
اللهو) [illegible] الشرب ليتناول
[illegible] لا يسقط
الاشربة المحرمة وغيرها الا يسقط
العدالة ما لم يسكر بل ادمان السكر
يسقط

عما قيد اشتراط الادمان فقال بل ادمان السكر يسقط (قوله وقد ذكروا أن الادمان الخ) اعلم ان الادمان
بالفعل أو بالنية قولان محكيان فى تفسير الاصرار على الصغيرة بحر وقال السرخسى لا تقبل شهادة من يجلس
مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط
عدالته وان لم يكن بعض الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته عينى (قوله وفى عزمه ان يشرب كلما وجد) قال ابن
كمال باشا لا يذهب عليك انه امر خفى لا يصلح ان يكون مدارا لعدم قبول الشهادة حموى وبهذا تبين ان ابن
الكمال يميل الى ترجيح اشتراط الادمان بالفعل لا بالنية (قوله ولا شهادة من يلعب بالطنبور) لانه يورث
الغفلة وقد قال عليه الصلاة والسلام ما انا من دد ولا الدد منى والغالب فيه ان يصعد الى السطح فينظر
عورات النساء وهو فسق زيلعى والدد اللهو واللعب والتنكير للشيوع أى ما انا فى شئ من اللهو والتعريف
فى الدد للعهد كانه قال ولا ذلك النوع منى بحر (قوله وهو الانسب) أى بقوله او يغنى للناس عينى (قوله
أما اذا كان يمسك الحمامة فى بيته للاستئناس الخ) الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ وكرها
فيأكل او يبيع عينى (قوله او يغنى للناس) لانه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها وكلام سعدى افندى
يفيد تقييده بالاجرة ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الغناء أو يسمعه وشهادة الشاعر مقبولة ما لم يكن
يقذف أو يهجو والظاهر من كلام المصنف عدم جواز الغناء مطلقا قال العينى ومن المشايخ من أجاز فى
العرس الا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح ومنهم من قال اذا كان يغنى لنفسه فيدفع به
القوافى ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من أباحه مطلقا (قوله او يرتكب
ما يوجب الحد) فان قلت فيه مخالفة لما قدمه حيث اشترط الادمان فى الشرب على اللهو قلت يمكن حمل
ماهنا على ما عدا الشرب او يجاب بما فى الدرر من أنه ليس المراد بارتكاب ما ذكر أنه ان يجب به الحد بل
ما يجب به الحد بالفعل ولا يكون ذلك الا بالظهور واصلاح الشهود عليه الخ ... تبين ان ... ظاهر عبارة
الدرر يقتضى اشتراط وقوع الحد بالفعل وليس كذلك ... وزاد ... الخ فى عبارته ... وكذا لو ارتكب
ما ذكر ... على رواية فورية ... او ترك جماعة أو جمعة او اكل ... فوق الشبع بلا عذر وجعل فى الدرر الخروج
لفرجة قدوم الامير مسقطا للعدالة وفيه بحث اذا كان الامير لا يصلح للتعظيم ولم يخرج للاعتبار
فحينئذ يكون من العبث واللعب وهو حرام الخ وكذا ... فى الدرر كون ... الخ ... ركوب
البحر لا يمنع قبول الشهادة قال وفى شرح أدب القضاء اسباب الجرح كثيرة منها ركوب بحر الهند لانه مخاطر
بنفسه ودينه من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لاجل المال ومثله لا يبالى بشهادة الزور
وكذا لبس الحرير والبول فى السوق اذا لم ... الى ... او القمر وكذا ... من ... الناس
والبخيل ولا شهادة الاشراف من أهل العراق لعصبيتهم ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة الى مذهب
الشافعى وكذا البائع الاكفان ... الموت ... صك ... الحاسبين ... كذا ... بعد
... باطل ... والا ... وما ... البحر ... بعد ... الاخرى
... وهو مشكل (قوله او يدخل الحمام الخ) ... عدم قبول شهادة الدلال
ومن يمشى بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة وهذا ظاهر ...
ان دخول الحمام ... مسقط للعدالة مطلقا لكن ... المذ ... العادة (قوله او
يأكل ربا) ... قدر ... المرادة فى قوله تعالى وحرم الربا ... لا كل ... الا ... با
لانه أعظم ... ولا ... (قوله ان يكون مشهورا به) وذلك
... الادمان لا ... لا يمكن ... الفاسدة ... الادمان
الادمان لان ... فى البحر ... شرعا ...
العاصى ... الربا ... سواء ... بأن أكل ... على
ومال الربا ... (... ...) ... الو ...

وقد ذكروا ان الادمان ... وهو
أن يشرب وفى عزمه ان يشرب كلما
وجد ... (ولا)
شهادة من يلعب بالطنبور ...

مأخوذ من القمر لانه ماله يزداد اذا غلب وينقص اذا غلب كالقمر يزيد وينقص بحر (قوله والشطرنج) بكسر اوله ولا يفتح والسين لغة فيه بحر عن القاموس وقال الحموى قيل بالفتح وقيل بالكسر وهو المختار (قوله او تفوته الصلاة بسببهما) وكذا اذا كان يكثر عليهما الحلف عيني لكن قيد الزيلعي كثرة الحلف بكونه كاذبا فمفاده ان كثرة الحلف بدون الكذب او الكذب فى الحلف بدون الكثرة لا توجب رد شهادته لا لان حرمة الكذب تتوقف على الكثرة لانه من الكبائر مطلقا خصوصا وقد انضم اليه الحلف بل لانه انما يشتهر به اذا كثر ذلك منه (قوله ليس بفسق) لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعانى الثلاثة التى ذكرناها الآن عيني وهى القمار وفوت الصلاة وكثرة الحلف وزاد فى التنوير وشرحه ثلاثة أخر وهى اللعب به على الطريق وان يذكر عليه فسقا وان يداوم عليه (قوله وان كان مكروها) أى حراما شرنبلالية عن الفتح (قوله فهو مردود الشهادة بكل حال) يعنى وجد أحد المعانى المذكورة ام لا لان نفس اللعب به فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد قال العيني ومن يكون ملعونا لم يكن عدلا (قوله لكان اولى) كان الظاهر ان يقول لكان صوابا الا ان يقال اراد بالاولى ما هو صواب فانه قد يطلق ويراد به ذلك حموى واقول هذا الذى ذكره الشارح ينبنى على التفرقة بين النرد والشطرنج وان اللعب بالنرد يوجب سقوط شهادته مطلقا بخلاف الشطرنج حيث يشترط ان ينضم اليه أحد المعانى وهذه التفرقة وان صرح بها الشراح لكنها خلاف ظاهر كلام المصنف لان المتبادر من كلامه ان مجرد اللعب بالنرد لا يوجب سقوط شهادته كالشطرنج وان كانت حرمة اللعب بالنرد لا تتوقف على انضمام شئ آخر نحو القمار بل لاجل حصول الشهوة فتقييد المصنف بالقمار فى جانب النرد كتقييده بالادمان فى جانب الشرب ألا ترى الى قوله او تفوته الصلاة بسببهما فهذا صريح فى ان مجرد اللعب بهما بدون انضمام شئ مما سبق لا يوجب رد الشهادة وان كان مجرد اللعب بالنرد حراما فهو وان فسق بمجرد اللعب بالنرد وان لم يقامر لكن ظهور فسقه به وشهرته انما تكون بالقمار ونحوه وهذا هو السر فى تقديم المصنف للنرد على الشطرنج والا لاخره فسقط قول الشارح فلو قال او يقامر بالشطرنج الخ (قوله أو يبول الخ) كذا كل ما يخل بالمروءة وان لم يكن حراما كمد رجل عند الناس وكشفه رأسه فى موضع يعد فعله اساءة أدب ومصارعة الاحداث فى المسجد وسرقة لقمة والافراط فى المزح المفضى للاستخفاف وصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس وليس منه الصناعة الدنيئة فالزبال والحائك والنخاس والدلال تقبل شهادتهم ان كانوا عدولا ثم اعلم انهم شرطوا الادمان فى الصغيرة وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة وينبغى اشتراطه بالاولى واذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وان لم يكن فاسقا به ففاعل المخل بها ليس بعدل ولا فاسق بحر (قوله على الطريق) لانه يدل على قلة الحياء عيني وكذا كشف عورته ليستنجى درعن الفتح وأما كشفها للبول والغائط اذا لم يجد ما يستتر به فانه لا يفسق به بخلاف الكشف للاستنجاء فيلزمه ترك الاستنجاء اذا لم يجد ما يستره كما قدمناه (قوله او يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون وابو حنيفة كما فى النهاية قيد بالظهور لانه لو كتمه تقبل كما فى الهداية ولو قال او يظهر سب مسلم لكان أولى لان العدالة تسقط بسب مسلم وان لم يكن من السلف والفرق بين السلف والخلف ان السلف الصالح الصدر الاول من التابعين والخلف بفتح اللام من بعدهم فى الخير وبالسكون فى الشر وعطف أبى حنيفة على التابعين اما عطف خاص على عام بناء على انه منهم كما فى مناقب الكردرى والعناية او ليس منهم بناء على ما صرح به شيخ الاسلام ابن حجر فانه جعله من الطبقة السادسة ممن عاصر صغار التابعين ولم يثبت له لقاء أحد من الصحابة ذكره فى تقريب التهذيب بحر قال فى الدر وفيه أى فى البحر عن العناية عن أبى يوسف لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لانهم يعتقدون دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب انتهى (قوله وتقبل لاخيه الخ) ولو حال حياة أبيه بحر لعدم التهمة وهذا بالاجماع الا عند مالك لو كان فى عياله لا تقبل وعنه لو يصل اليهما كثيرا لا تقبل عيني واعلم ان قبول

الشهادة

والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) اللعب وانما قيد به لان مجرد اللعب بالشطرنج ليس بفسق مانع من الشهادة وان كان مكروها عندنا ومن لعب بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال ولو قال أو يقامر بالشطرنج او يبول لكان أولى (او يبول على الطريق) متعلق بهما او بكل ما على الطريق (او يظهر سب السلف) أى الصحابة والعلماء والمجتهدين (وتقبل) الشهادة لاخيه وعمه

الشهادة للاخ والعم والمحرم رضاعا ومصاهرة مقيد بما اذا لم يخاصم معه رجع العيني ثم نقل عن الخزانة
تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا انتهى والتقييد بعدم الخصام على القول به لا يخص الشهادة
للاخ ونحوه (قوله وابويه رضاعا الى قوله وام امرأته وابيها) لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متميزة
ولا بسوطة لبعض في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابة الولاد او لاحد الزوجين للآخر
على ما بيناه زيلعي (قوله أهل الاهواء) جمع هوى مصدر هويه ... ميل النفس من هوى الشيء احبه عيني
(قوله كالخوارج الخ) ثم كل واحد من هذه الاصناف الستة اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين فرقة
(قوله مقبولة ديانة) لانهم فسقة من حيث الاعتقاد الا ان الحامل لهم على ذلك التدين والتقى وذلك مانع
من ارتكاب الكذب عيني (قوله ولا يكون ماجنا) الماجن الذي لا يبالي الانسان ما صنع وقد مجن يمجن
مجونا ومجانة من الصحاح (قوله وقال الشافعي الخ) وعن احمد لا تقبل لانه يكفرهم ...
وروافض عيني واللام في قوله للخطابية بمعنى من (قوله ينسبون الى ابي الخطاب) رجل بالكوفة يقال له
عيسى بن موسى ويلقب بالكتانس لانه كان ... الصادق ... لانه
الاصغر زيلعي وعيني والصواب ابدال الكتانس بالكناسة لان المذكور في ... ان ...
نص الكاف محله بالكوفة واما الكتانس فغير معروفة شيخنا عن الشيخ عبد الله الحريري (قوله
والذمي على مثله) قيد بالذمي لان المرتد لا شهادة له واختلفوا في مرتد على مثله والاصح عدم قبولها حموي
عن المحيط واعلم انه يستثنى من قبول شهادة الذمي على مثله ما في البحر عن الخلاصة شهد نصرانيان على
نصراني انه اسلم وهو يجحد ... لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين ولو شهد نصرانيان على
نصرانية انها اسلمت جاز ويجبر على الاسلام ولا يقتل انتهى قال الغزي ...
يجبر ولا يقتل كما لو اسلم مكرها او سكران ثم قال وهذا الذي ... في الولوالجية حموي وكذا يستثنى
ما في البحر عن الخانية ذمي مات فشهد عشرة من النصارى انه اسلم لا يصلى عليه بشهادتهم ...
فساق من المسلمين ولو كان هذا الميت ولي مسلم وقريبه اولياؤه كفار ... فادعى لولي المسلم انه
اسلم وانه اوصى اليه واراد ان يأخذ ميراثه وشهد اثنان من اهل الكفر بذلك يأخذ الولي المسلم ميراثه
بشهادتهما ويصلى عليه بشهادة وليه المسلم ان كان عدلا ولو لم يشهد على اسلامه غير الولي يصلى عليه بقول
وليه المسلم ولا ميراث له انتهى ثم قال يعني فاصحابنا لو شهد على نصراني اربعة من النصارى انه زنى بامة
مسلمة فان شهدوا انه استكرهها حد الرجل وان قالوا طاوعته درئ الحد عنهما وعزر الشهود لقذفهم
المسلمة وكذا يستثنى ما في البحر عن البدائع لو ادعى مسلم عبدا في يد ذمي انه عبده وشهد كافران انه عبده
قضى به القاضي فلان لم تقبل لكونها شهادة على قضاء القاضي المسلم ... شهود ... القاضي ...
كما في البحر (قوله لا على المسلم) اطلقه فشمل ما لو اسلم بعد القضاء بالشهادة فانها لا تقبل ... الولوالجية
نصرانيان شهدا على نصراني بقصاص ... ثم اسلم المشهود عليه بعد القضاء ... شهادة
لان الامضاء من القضاء في العقوبات انتهى ... بطلت الشهادة فان ... لا ...
وفي الشرنبلالية عن ادب القاضي للخصاف معزيا للمحيط عن ابي يوسف يجب ان ...
وقيل عند ابي حنيفة يجب القصاص فيما دون النفس ولا يقضى بالدية في النفس وعندهما يقضى بالدية
فيهما ... لكون ... بالقصاص فيما دون النفس ... في النفس
وعندهما يقضى بالدية فيهما انتهى واعلم ان المراد من قوله لا على المسلم ما اذا وقعت الشهادة عليه قصدا
ملحوظا او ضرورة قلت فالاول يوضحه ما في البحر حيث قال وفي الخانية تقبل شهادة الكافر على العبد
الكافر التاجر وان كان مولاه مسلما وعلى العكس لا تقبل لان الشهادة في الاول على الكافر وفي
الثاني على المسلم والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى وتقبل شهادة الذمي على ذمي ميت وان كان
وصيه مسلما بشرط ان لا يكون عليه دين لمسلم انتهى واشار بقوله والوكيل مع الموكل الى ما في التنوير

(قوله وابويه رضاعا) اي ... وام امرأته وابنة امرأته (وزوج بنته وامرأة ابنه) ... (قوله شهادة اهل الاهواء) اي الذين يتبعون الهوى ولا يتبعون مذهب اهل السنة كالخوارج والشيعة والمعتزلة والقدرية والجبرية ... وشهادة هؤلاء مقبولة ... ولا ... لا يكفر به صاحبه ... هوى ... وقال الشافعي ... شهادة اهل الاهواء ... والخطابية ... الى ابي الخطاب ... ان الشهادة ... ويقولون ... ولا ... (قوله) ... المسلم ... شهادة ...

سواء كانت ملتهما واحدة أم لا وقال ابن ابي ليلى يشترط اتحاد الملة وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادته على احد (و) تقبل شهادة (الحربي على مثله لا على الذمي و) تقبل شهادة (من ألم بصغيرة) اي اذنب بمعصية صغيرة مشتق من اللمم وهو الصغيرة (ان اجتنب الكبيرة) وكانت حسناته اغلب من سيئاته هذا هو الصحيح في العدالة المعتبرة وقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته الكبيرة عند اهل الحديث سبعة الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق ونهب مال المؤمن والزنا وشرب الخمر وقيل اكل الربا واكل مال اليتامى وقيل الكبيرة ما تسمى فاحشة في الشرع كاللواطة والزنا اولم تسم فاحشة ولكن شرع عليها عقوبة بنص قاطع في الدنيا بالحد او الوعيد في العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم ومالم يسم فاحشة في الشرع ولا شرع عليها عقوبة في احدى الدارين كالغمزة او القبلة فهو صغيرة وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وما كان حراما لغيره فهو صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة (و) تقبل شهادة (الاقلف) اي الذي لم يختن وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وانما تقبل عندنا اذا تركه بعذر الكبر وخوف الهلاك وان تركه على وجه الاعراض عن الفرض او السنة على ما قالوا والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته ثم لا بد من معرفة وقته فابو حنيفة لم يقدره بشيء وغيره قال من سبع سنين الى عشر سنين (و) تقبل شهادة (الخصي وولد الزنا والخنثى) الا ان المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل كذا في الخزانة وانما تقبل شهادة ولد الزنا مطلقا سواء شهد في الزنا اولا وقال مالك تقبل في جميع الحقوق الا في الزنا وفي بعض الحواشي المذكور في المتن ظاهر الرواية وقيل لا تقبل مطلقا (و) تقبل شهادة (العمال) والمراد بهم

ابن

وشرحه حيث قال ومن كافر على وكيل كافر موكله مسلم لا يجوز عكسه لقيامها على مسلم قصدا وفي الاول ضمنا انتهى والثاني يوضحه ما في الدرر حيث قال لا من كافر على مسلم الا في الايصاء والنسب يعني اذا ادعى الايصاء من نصراني وأقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم او ادعى ان فلان بن فلان النصراني مات وهو وارثه واحضر مسلما عليه دين للميت واقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان ووجهه مبين في الدرر وقبول الشهادة في هاتين المسألتين حمله في الشرنبلالية بحثا على ما اذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب اذ لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذمي عليه (قوله سواء كان ملتهما واحدة ام لا) فان قلت يلزم على القول بالجواز مطلقا وان اختلفت الملتان يكون الدليل اخص من المدعى قلت أشار الزيلعي الى ما منه يستفاد الجواب بأن يقال ان الكفر كله ملة واحدة (قوله وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادته على أحد) لنا ما روي انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف زيلعي (قوله والحربي على مثله) والمراد بالحربي المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل دارنا بلا أمان يسترق ولا شهادة للعبد على أحد بحر عن الفتح قال ويستثنى من الحربي على مثله ما اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية فيما بينهم الخ بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذاك تركيا لان اهل الذمة من أهل دارنا عيني (قوله لا على الذمي) لانه لا ولاية له عليه وتقبل شهادة الذمي على المستأمن لان الذمي أعلى منه حالا فجاز ان يجعل له ولاية عليه عيني (قوله ونهب مال المؤمن) الذي في الزيلعي والعناية ونهب المؤمن قال الجوهري بهته اذا قال عليه ما لم يفعله شيخنا عن ابن ملك في شرح المشارق (قوله كالسرقة واكل مال اليتيم) نشر على ترتيب اللف حموي (قوله وما كان حراما لغيره الخ) كوطء الحائض حرم لغيره وهو الاذى الموقت وكذا حرمة استعمال ثوب الغير مثلا شيخنا (قوله وتقبل شهادة الاقلف) لاطلاق النصوص من غير قيد بالختان عيني وفي الاقلف لغتان بالقاف والغين (قوله اي الذي لم يختن) وهو سنة للرجال مكرمة للنساء اذ جماع المختونة الذ قال الحلواني كان النساء يختتن في زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحاديث الجامع الصغير تدل على وقوعه في زمنه عليه السلام أيضا (قوله وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته) محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة عيني (تتمة) الكبير اذا أمكنه ان يختن نفسه فعل والا لم يفعل الا ان يتزوج او يشتري ختانة فتختنه كذا ذكره العتابي ومقتضى قوله عليه ان يتزوج الخ وجوب ذلك عليه ويخالفه ما في البحر عن الكرخي حيث قال تختنه الحمامي وفيه عن ابن مقاتل لا بأس للحمامي ان يطلي على عورة غيره بالنورة انتهى الا ان يحمل ما ذكره الكرخي وابن مقاتل على ما اذا لم يمكنه بنفسه ولا بمن يحل نظره اليه كزوجته وأمته (قوله وان تركه على وجه الاعراض عن الفرض) قال شيخنا ليس مذهبا لنا كما هو صريح كلام الزيلعي حيث جعله قول بعض العلماء بعد ان قال وهو سنة للرجال عندنا دون النساء انتهى (قوله وأبو حنيفة لم يقدره بشيء) اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالرأي وقدره المتأخرون فقيل بسبع الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته وبعده الى ان يحتمله ولا يهلك به درر والمختار ان أول وقته سبع وآخره اثنا عشر بحر (قوله وغيره الخ) يعني من المتأخرين وعبارة البحر ولم يقدر الامام للختان وقتا وقدره المتأخرون الى آخره وكذا يفهم هذا مما نقله عن الدرر (قوله والخصي) بفتح الخاء على وزن فعيل منزوع الخصيتين بحر (قوله وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او جناية ابويه لا توجب قدحا في العدالة عيني (قوله ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل) يعني في غير الحدود لانه يحتمل امرأة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل في غير الحدود ما لم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء وحدهن بلا رجل (قوله وانما تقبل شهادة ولد الزنا الخ) لا وجه لاتيانه بالحصر (قوله والعمال) في السراجية ان كان العامل مثل عمر

ابن عبد العزيز فشهادته جائزة وان كان من يزيد بن معاوية فلا قال في البحر وفي اطلاق العامل على
الخليفة نظر واجاب المقدسي بانه يمكن ان يكون التشبيه بالنسبة لما فعل زمن الخلافة وانه كان عاملا او
يقال التشبيه من حيث الديانة لا من حيث الولاية وذلك كاف في هذا المقام حموي (قوله عمال السلطان)
وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويؤجرون انفسهم للعمل ويدعى بعضهم بان يكون حرفته لانه حرفة
آبائه واجداده ولا مروءة له اذا كانت حرفته دنيئة ولا شهادة له بغيره منه نظر لانه مخالف لما قدمه
هو قريبا من ان صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة اذا كان عدلا في الصحيح
(قوله كالخراج ونحوه) من الجزية والصدقات شيخنا (قوله فلا تقبل شهادتهم) فمنهم رئيس
القرية وهو شيخ البلد وكذا المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات لانهم اعوان
على الظلم بحر عن الفتح وفيه عن شرح الوهبانية أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لا تقبل
كشهادة المزارع لرب الارض (قوله ومجازفا في كلامه) او يحلف عليه كثيرا واستاذ شتم اولاده او
غيرهم در (قوله ومعتق لمعتق) حيث لم يكن في بيانه الا تهمة وفي الخلاصة لو شهد العبدان بعد العتق
ان الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري لا تقبل انتهى قال في البحر لانهما يجران لانفسهما نفعا
باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع فيبطل العتق وكلام بعضهم في هذا المقام يوهم ان
التعليل من كلام الخلاصة وليس كذلك بل هو لصاحب البحر (قوله والاول من الخ) وتحوز عكسه
حموي والدليل على جواز قبول الشهادة ما بيناه من ان قنبرا شهد لعلي عند شريح فقبل شهادته
قنبر وهو كان عتيق علي زيلعي (قوله ولو شهدا ان اباهما الخ) مثل الابن من لا تقبل الشهادة له واشار
بشهادة الابنين الى ان شهادة الدائنين او المديونين والموصى له بان الميت اوصى الى فلان او الوصيين بان
الميت اوصى لفلان معهما كذلك وفي الحمس ان ادعى فلان ولا او لا بد من كون الموت معروفا في الكل
اي ظاهرا الا في مسئلة المديونين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما بثبوت
ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما بحر (قوله والوصي
يدعي) المراد من الدعوى هنا الرضا فالجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي ان ينصب من رضي
به هو عزمي زاده (قوله خارج الشهادة) وتذكير الفعل باعتبار المذكور عيني (قوله استحسانا) لان
للقاضي ولاية نصب الوصي وهذه الشهادة كفته مؤنة التعيين لانه يثبت بها شيء بخلاف ما اذا لم يكن
الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب الوصي الا بهذه البينة وفيها تهمة لجرا النفع للشاهد زيلعي
(قوله والقياس ان لا تقبل) لان الشاهد يجر الى نفسه نفعا زيلعي (قوله وان انكر الوصي لا تقبل) لان
القاضي لا يجبر احدا على الوصية زيلعي (قوله كما لا تجوز الخ) لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن
الغائب الا في المفقود فلم يثبت لو لم يشهدا وهي غير موجبة لاجل التهمة لانهما يشهدان لابيهما
فيملك زيلعي وغيره (قوله بقبض ديونه) اتفاقا لو شهدا ان اباهما وكله بالخصومة لم تقبل اتفاقا ذكره
في الخلاصة والمراد لا يعني الا من لا تقبل شهادته لموكل كما في حاشية البزازية وفي الدرر وشرحه شهد
الوصي بحق للميت بعدما عزله القاضي عن الوصاية بسبب بعده او بعد بلوغ الورثة لا تقبل خاصما اولا لقيام الوصي مقام
الميت فصار كالملك فلا يجوز بعد ما استوى خصامه وعدمه ان الوكيل اذا شهد للموكل بعد عزله ان خاصم في
مجلس القضاء ثم شهد بعد عزله لا تقبل انه قال بعمه والا تقبل له فهما مخالفان للثاني الخ وفي البحر
لو شاهد أن الميت اوصى فيما اوصى به الى بعضهما لم يحق هذا وتمام الى آخر ما ذكره وفيه
لو شهد الوصي لوارث على الميت ان كان المشهود له صغيرا لم يجز لانه وان كان بالغا وكذلك عنده
وعندهما يجوز لو شهد لكبير على اجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين
لوارث بالغ تقبل (قوله ولو عدلا فعتق صح) هذا بعد التعديل فلو قبله فلت كان الاستور بل الاعتبار
ولو من واحد على الجرح الخ ورده غيرهم وقبل التعديل دفع للشهادة فقبل

ثبوتها او بعده رفع لها بعد ثبوتها والدفع اسهل من الرفع الخ بقي ان يقال ماذكره من التفصيل مخالف لظاهر كلام المصنف والشراح كالشارح والزيلعي والعيني حيث اطلقوا في عدم سماع القاضي الشهادة على جرح مجرد نعم مالو كان قبل التعديل وكذا ابن الكمال اطلق في رد الشهادة على الجرح المجرد كما في الدرر ونصه واطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب قال وظاهر كلام الوافي وعزمي زاده الميل اليه قال وجعله البرجندي على قولهما الاعلى قوله اه وكذا صرح في البحر بان عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد اعم من ان يكون قبل التعديل او بعده ونصه النظر في الجرح المجرد وغيره انما هو بعد التزكية كما في السراج فاذا سأل القاضي عن الشهود سرا وعلنا وثبتت عدالتهم ثم طعن الخصم فان كان مجردا لم يقبله والاقبل ولكن عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد اعم من ان يكون قبل التعديل او بعده ثم ذكر ان التفصيل انما هو فيما اذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا اما اذا اخبر القاضي به سرا وكان مجردا فاذا برهن عليه سرا ابطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح انتهى ومنه يعلم ان المراد بالتفصيل في كلام صاحب البحر التفرقة في الجرح بين المجرد وغيره اذا وقع الاخبار به جهرا وليس المراد به التفرقة في الجرح المجرد بالنسبة لما لو كان قبل التعديل او بعده كما يتوهم من كلام بعضهم (قوله على جرح) بفتح الجيم من جرحه بلسانه جرحا عابه وتنقصه بحر عن المصباح قال وفي الاصطلاح اظهار فسق الشاهد (قوله من حقوق الشرع) شامل لما اذا تضمن التعزير حقا لله تعالى لكن الظاهر ان مرادهم من الحق الحد فلا يدخل التعزير لفوهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حق الله يسقط بالتوبة بخلاف الحدود حيث لا تسقط بها بحر (قوله نحو ان يشهد وا ان الشهود فسقة او زناة الخ) جعلوا هذا من الجرح المجرد ومن غيره ماسيأتي من اقامة المدعى عليه البينة بانهم زنوا او شربوا الخمر فيحتاج الى الفرق بينهما فقال الزيلعي يحمل الاول على ما اذا تقادم العهد والافلا فرق بينهما بحر والى هذا اشار الشارح بقوله فيما سيأتي ولم يتقادم العهد واعلم ان الشهادة على الجرح المجرد انما لا تقبل لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله قال الزيلعي ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جائز على ماتبين قال ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك الظالم او المظلوم لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى ترد شهادتهما فامكن منع الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى او حق العبد فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان المقصود ايجاب حق الله او حق العبد وهو يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح انتهى اذا علمت هذا ظهر لك ان قوله في الدرر وانما لم تقبل هذه الشهادة لان العدالة بعد ثبوتها لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد ولم يوجد واحد منهما فيه نظر ظاهر لاقتضائه عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل مطلقا سواء جرحه جهرا او سرا وليس كذلك لما علمت من ان كلام الزيلعي يفيد قبول الشهادة على الجرح المجرد سرا ولو بعد ثبوت العدالة بخلاف الجرح المجرد جهرا حيث لا تقبل الشهادة عليه مطلقا لا بعد التعديل ولا قبله خلافا لمن فرق وهذا هو المراد من التفصيل فيما قدمناه عن البحر فتدبر (قوله الا اذا شهدوا الخ) لانه اقرار بانه لا حق له فيه في المعنى زيلعي وليس هذا بجرح وانما هو من باب اقرار الانسان على نفسه بحر وهذا الاستثناء منقطع حموي (قوله او نحوه) كشهادتهم على اقراره انه استأجرهم او انه مبطل شيخنا (قوله او اقام المدعى عليه الخ) وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا على بهذا الباطل واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته زيلعي وقوله بكذا من المال اى دفعته اليهم رشوة والافلا صلح بالمعنى الشرعي در وكذا اذا ادعى اجنبي انه دفع كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب ردهم وثبت اما ببينة او اقرار او نكول فانه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته بحر (قوله

على جرح مجرد) ولا يحكم بذلك اى لا يسمع الشهادة على ما يتضمن تفسيق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او العبد نحو أن يشهدوا ان الشهود فسقة او زناة أو أكلة ربا او شربة الخمر او على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم أجروا على اداء الشهادة او على اقرارهم ان المدعى مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم في هذه الحادثة الا اذا شهدوا على اقرار المدعى انهم فسقة او شهدوا بالزور او نحوه او أقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم لاداء الشهادة

وأعطاهم

واعطاهم العشرة من مالي الخ) تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب ود المال على المشهود عليه وهو
مما يدخل تحت الحكم ولو لم يقله لا تقبل الشهادة لان الدعوى غير صحيحة فكان رجا مجردا لانه لم يدع
قبله حقا عكس المسألة ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره [illegible] ولاية الزام
غيره لغيره زيلعي (قوله ولم يتقادم العهد) هو من جملة كلام الشهود كذا ذكره عزمي زاده بان لا تزول
الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي فقيد به لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة
على متقادم مردودة درر (قوله او انهم عبيد) فلو قالوا اعتقنا سيدنا او برهنوا انه اعتق السيد في غيبته
فاذا حضر لا يلتفت الى انكاره بحر عن خزانة الاكمل قال والطعن برقهما لا يتوقف على دعوى سيدهما
وذكر ان اثباته لا ينحصر في الشهادة بل اذا اخبر القاضي بردهما اسقط شهادتهما (قوله او محدودون
في القذف) قيد بالحد في القذف لان الجرح بانه قاذف يتوقف على دعوى المقذوف بحر عن الفتح
(قوله فحينئذ تقبل) لما فيها من اثبات حق الله تعالى او العبد والحاجة ماسة الى احيائه واذا تعارض
بينتا الجرح والتعديل قدم بينة الجرح لان معها زيادة علم شيخنا واعلم ان الجرح المجرد اذا تضمن دفع ضرر
عام تسمع عليه البينة كرجل يؤذي المسلمين بيده ولسانه تقبل البينة عليه لنفعه العام [illegible] ذلك وهذا
هو محمل قوله عليه السلام اذكروا الفاسق بما فيه بحر (قوله ومن شهد ولم يبرح الخ) اقول في كل من
عبارة المتن والشارح نظر اما المتن فحيث عدى اوهم بنفسه مع انه انما يتعدى بحرف الجر [illegible]
متعلقا بالبعض مع انه انما يتعلق بالكل واما الشارح [illegible] اوهمت قوله [illegible]
كانت باطلة الخ مع ان هذا التفسير [illegible] وهم لا اوهم قال [illegible] اوهمت الى الشئ
اذا تركته كله اوهم ووهمت في الحساب اذا غلطت [illegible] اوهم ووهمت الى الشئ اذا ذهب [illegible]
وانت تريد غيره اهم وهما انتهى ومنه [illegible] كلام [illegible] الشارح حموي (قوله
اوهمت بعض شهادتي) وفي المعراج اوهم من الحساب [illegible] اسقط [illegible] واوهم من صلاته ركعة
تركها ولو قال الشاهد شككت او غلطت او نسيت فهو مثل اوهمت و [illegible] ظاهر [illegible] بعض
بعيد انه لو قال اوهمت الحق انما هو لفلان آخر لم يقبل [illegible] (قوله بعدل قوله) [illegible]
بعدم طول المجلس وعدم تكذيب المشهود له وعدم المناقضة [illegible] ان الشاهد [illegible]
بالعلة لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تدارك [illegible] وهو عدل قال [illegible]
واطلق المصنف القبول فشمل ما اذا كان بعد القضاء وبه صرح في النهاية معزيا الى [illegible]
يوسف وعليه الفتوى كما في الخانية اه [illegible] ان الترجيح بان [illegible] من كلام [illegible]
كلام النهاية خلافا لما في كلام بعضهم (قوله لو كان عدلا) اي ثابت العدالة [illegible]
[illegible] عدل بحر عن الفتح (قوله لانه لو قام عن المجلس الخ) ليس عدم القبول على الاطلاق [illegible]
كان كلامه الاول شهادة فان لم يذكر لفظ الشهادة في كلامه الاول [illegible]
[illegible] قال حموي ولا معنى لهذا [illegible] قول المصنف [illegible] (قوله [illegible] الخ) [illegible]
[illegible] اذا كان موضع [illegible] المال [illegible]
باعادة الكلام مثل ان يدع [illegible] اسم المدعي والمدعى عليه او ترك الاشارة [illegible]
وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا [illegible] الشهادة
وبيان اسم المدعي والمدعى عليه والاشارة اليهما شرط فيه [illegible] (قوله [illegible]
به) أولا لان المشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به [illegible]
فعلى هذا معنى القبول قبول شهادته لا قبول قوله أوهمت واشاره في الهداية [illegible]
جازت شهادته بحر (قوله وقيل يقضي بما بقي) قلت وعليه حمل الشارح كلام المصنف [illegible]
كلام المصنف ويقبل قوله دون أن يقول ويقبل شهادته حموي ووجه [illegible]

الشهادة قبل القضاء كالحادث عند الشهادة عيني واقتصر عليه قاضيخان وعلى هذا معنى القبول العمل بقوله الثاني فعلى الاول يقرأ المتن بالتاء أي تقبل الشهادة وعلى الثاني بالياء أي يعمل قوله بحر وأقول كونه بالتاء الفوقية أو الياء التحتية لا يعين احد هذين الاحتمالين لان ماذكره الشاهد اولا وثانيا يصدق عليه انه قول وشهادة واعلم انه وقع للعيني هنا تدافع لتصريحه بان قوله أوهمت بعض شهادتي لا يسمع ثم ذكر ما ينافيه بقوله لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل الخ فقوله اذا تداركه في أوانه يقتضي ان قوله اوهمت بعض شهادتي مسموع ولو سلك مسلك الزيلعي وحذف قوله ولا يسمع قوله أوهمت بعض شهادتي لاستقام كلامه (قوله واليه مال شمس الائمة الخ) وظاهر كلام الاكمل وسعدي ترجيحه در (تتمة) شهادة قاصرة يتمها غيرهم كان شهدا بالدار بلا ذكر انها في يد الخصم فشهد به آخران او شهدا بالملك في المحدود يعني بلا ذكر الحدود فشهد آخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به در عن الدرر (تنبيه) شهد بالوزن والتسليم للمدعى عليه وكذلك ذرع الثوب لو اخبر به الشاهد فان كان رب المال حاضرا جازت شهادته وان لم يكن حاضرا عند الوزن لا تقبل لانه اذا كان حاضرا انتقل العقد اليه فكان شاهدا على فعل غيره وان كان غائبا تعذر اضافته اليه فبقي العقد مقصورا عليه خلاصة وفي التتارخانية لو وزن له الغريم الف درهم ووضعه وقال خذ مالك فقال المقتضي لرجل ناولني هذه الدراهم فناولها ثم شهد على المقتضي وانه هو الذي دفع اليه الدراهم جازت شهادته وقال هلال لا تقبل شهادة الذي كال في المكيل وفي المذروع تقبل شهادة الذي ذرع انتهى والفرق ان ملك المشتري يتعين بالكيل بدليل ان يرده للبائع وفي المذروع لا يتعين بالذرع لان الزيادة للمشتري فلم تقع شهادة على فعله والموزون كالمكيل وقد يكون المذروع كالمكيل اذا سمي لكل ذراع ثمن وتجوز شهادة القاسمين ولو باجر من مناهي الشرنبلالي

(باب الاختلاف في الشهادة)

شامل لمخالفتها الدعوى ولاختلاف الشاهدين ولاختلاف الطائفتين بحر لما ذكر مسائل الاتفاق وهو الاصل شرع في مسائل الاختلاف حموي اعلم ان مبنى الباب على اصول منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى ومنها ان الشهادة باكثر من المدعى باطلة بخلاف الاقل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح در (قوله الشهادة ان وافقت الدعوى الخ) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها والمراد بالموافقة المطابقة او كون المشهود به أقل من المدعى بخلاف ما اذا كان اكثر نهر واطلق الموافقة ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما في الموافقة بين الشاهدين فيفيد عدم الاشتراط وان الموافقة معنى كافية فلو ادعى الغصب أو القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد احدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل بحر عن الزيلعي (تنبيه) ما لم يشترط فيه الدعوى لا يضر فيه مخالفة الشهادة كما لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل وكذا لو ادعت امة انه اعتقها وشهدا انها حرة الاصل لانها ادعت حرية عارضة وشهدا بحرية مطلقة فتنصرف الى حرية الاصل وهي زائدة على المدعى بخلاف العبد لان أبا حنيفة يشترط الدعوى فيه فينبغي على قوله ان لا تقبل وعندهما تقبل ولو ادعى حرية الاصل فشهدا أن فلانا حرره قبل تقبل لانها أقل وقيل ترد وعلى القول بانها تقبل هل يشترط حضور المولى ظاهر كلام الفصولين انه لا يشترط لكن نقل السيد الحموي عن معين

الحكام انه لابد من حضوره (قوله أى لفظا ومعنى عند أبى حنيفة الخ) لم أجد هذا الخلاف هنا من جهة غيره فيما وقفت عليه من كتب المذهب كالعناية والزيلعى والدرر والاختيار والبحر وفى الفتاوى الخانية والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده وحاصل هذه القول ان الشرط موافقة الشهادة الدعوى من جهة المعنى فقط من غير اختلاف ولهذا لم يذكره فى المجمع مع حرصه على بيانه بل ذكر احدى العبارات الدالة على الوفاق وصرح شارحه العلامة ابن ملك بعدم اشتراط اعتبارها وكذا فى الفصل الثانى عشر من الفصول العمادية قال شيخنا بعد تحريره ثم رأيت الموافقة للشيخ الشلبى انتهى وكان الشيخ الابيارى اطلع على ما ذكره الشارح ولم يطلع على ما ذكره الشلبى من تعقبه فادعى ان النقل عن الامام قد اختلف (قوله ادعى دارا الخ) كذا لو ادعى دينا بقرض فشهدا بملك مطلق لا يقبل فتح وفى المحيط ما يدل على القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين انتهى وفى البزازية ادعى دينا أنه شهدا أنه دفع اليه ألفا لا ندرى بأى جهة دفع لا تقبل والاشبه ان تقبل انتهى حموى (قوله ارثا أو شراء) أى موروثة أو مشتراة ويجوز ان يكونا منصوبين على التمييز حموى سرى بين الارث والشراء والمشهور ان الارث كالمطلق فتح وترك المصنف قيدين فى دعوى الشراء الاول ان يدعيه من معروف فلو قال منذ كى اشتريه من رجل او من محمد وهو غير معروف والشهود شهدوا على الملك المطلق تقبل الثانى أن لا يدعى القبض مع الشراء فان ادعاهما فشهدوا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة (قوله لغت الشهادة) لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه لانه ادعى ملكا حادثا وشهدا بملك قديم فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده وفيه اشارة الى أنه لو تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق فانه لا يحل وهو الاصح بحر عن الفتح معللا بأن فيه ابطال حقه ايضا فانها لا تقبل لو ادعاه بسبب ويستثنى ما اذا ادعاه بسبب ارث على المشهور أو نتاج أو شراء من مجهول فشهدوا بالمطلق فانها تقبل شرنبلالية عن الكمال ولو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم أعادوا الدعوى والشهادة واتفقوا تقبل بحر عن البزازية (قوله لا تلغو) لانه أقل من المدعى ولو ادعى الملك للحال وشهدوا به فيما مضى تقبل وفى البزازية شهدوا أنها زوجت نفسها منه ولا ندرى فى الحال أنها امرأته أولا أو شهدوا أنه باع منه هذه العين ولا نعلم أنها ملكه فى الحال أولا يقضى بالنكاح والبيع فى الحال انتهى ولو ادعى ملكا فى الماضى فشهدوا به فى الحال أو فى الماضى لا تقبل لان اسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال ولو ادعى الانشاء فشهدوا بالاقرار يقبل وعكسه لا يتصور اذ لا تسمع الدعوى بالاقرار للاستحقاق بل للدفع بأن ادعى المدعى عليه على المدعى أنه أقر أنه لا حق له فيه وبرهن بحر عن البزازية ينبغى أن يقال ما ذكره فى البحر عن القنية من انه فى دين الميت لابد من قول الشهود مات وهو عليه احتياطا فى أمر الميت ولهذا يحلف مع اقامة البينة بخلافه فى دين الحى الا اذا سألهما الخصم عن البقاء فقالا لا ندرى تعقبه الشلبى على ما ذكره المقدسى بان ما فى القنية ضعيف وان قوله مات وهو عليه شرط فى الدعوى لا فى الشهادة ونقل عن الفتح ما يدل على ضعف ما فى القنية وقوله احتياطا فى أمر الميت يكفى فى الاحتياط تحليف خصمه مع وجود بينته قال العلامة الحموى وفيه انه وان كان فيه احتياط من وجه وهو توفير المال على الورثة ففيه ترك الاحتياط له فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة وفيه تضييع حقوق أناس كثيرة لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه انتهى (قوله لفظا ومعنى) لان الحجة شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لم تثبت الحجة والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهى مقبولة شيخنا عن العناية بخلاف ما لو شهد أحدهما انه قال لها أنت خلية والآخر انه قال لها أنت برية لا تقبل لانهما لفظان متباينان وان اشتركا فى لازم واحد وهو البينونة لان معنى خلية لغة غير معنى برية وعلى هذا لو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج لا تقبل بحر عن المحيط وفيه نظر سيأتى وجهه ثم قال وخرج عن ظاهر قول الامام مسائل وان أمكن رجوعها اليه فى الحقيقة

أى لفظا ومعنى عند أبى حنيفة وعندهما معنى (فان قبلت والا لا) فان ادعى دارا ارثا أو شراء وشهدا بملك مطلق لغت (الشهادة) (وبعكسه) أى لو ادعى دارا ملكا مطلقا فشهدا بملك مقيد بالارث أو نحوه (لا) تلغو وتقبل (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) عند أبى حنيفة

ردتا) أى الشهادتان وهذا اذا اجتمعوا عند الحاكم وشهدوا (فان) سبقت احداهما فى الاداء و(قضى) القاضى (باحداهما أولا) ثم جاءت الاخرى (بطلت) شهادة (الاخرى ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع) يد السارق مطلقا أى فى جميع الالوان عند أبى حنيفة وهو الصحيح خلافا لهما هذا اذا ادعى بسرقة بقرة فقط اما اذا ادعى بسرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل بالاجماع قيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة أو كالصفرة والحمرة لا فى السواد والبياض فانهما لا يتشابهان فلا تقبل الشهادة كذا فى الاصل وانما قيد بقوله فى لونها لانه لو اختلفا فى القيمة لا تقبل بالاتفاق (بخلاف الذكورة والانوثة) أى اذا اختلف الشاهدان فى ذكورة المشهود به وانوثته لا تقبل شهادتهما بالاتفاق فلا يقطع (والغصب) أى بخلاف اختلاف الشاهدين فى لون البقرة الغصب حيث لا تقبل بالاتفاق (ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر) انه اشترى عبد فلان (بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) مطلقا سواء ادعى المدعى اقل المالين أو اكثر هذا اذا اختلف البائع والمشترى قبل تسليم العبد لان الدعوى حينئذ دعوى العقد اما بعد التسليم فتكون الدعوى فى الدين حينئذ تقبل وفى الفوائد الظهيرية انه اذا اتحد جنس الثمن واختلفا فى قدره كما فى هذه المسئلة تقبل الشهادة بخلاف ما اذا اختلف الجنس بأن شهد أحدهما الشراء بألف درهم وشهد الآخر بمائة دينار لا تقبل (وكذا الكتابة) أى هى كالبيع

(قوله ردتا) لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين وليس احداهما اولى بالقبول من الاخرى وكذا لو اختلفا فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل عينى قيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك فى وقتين او مكانين تقبل لانه قول يعاد ويكرر بحر عن السراج (قوله بطلت الاخرى) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقض بالثانية عينى ولو أبدل المصنف قوله بطلت الاخرى بقوله ردّت لكان أولى (قوله وهو الصحيح خلافا لهما) لان المشهود به مختلف ولم يتم على كل فعل نصاب وصار كاختلافهما فى اللون فى الغصب وله ان السرقة تقع فى الليالى والرائى يرى من بعيد فاللونان يشتبهان والسواد والبياض يجتمعان فان قيل فى التوفيق ايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله الى مجلس الحكم كلون ثياب السارق على ما قدمه الزيلعى وما يوجب الدرء يكون فى نفس الموجب لا فى غيره الخ الزيلعى وظاهره ترجيح مذهب الامام لكن نقل شيخنا عن صدر الشريعة ان الاظهر قولهما (قوله لا تقبل بالاجماع) لان المدعى كذب أحدهما زيلعى (قوله بخلاف الذكورة والانوثة) لانهما لا يجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق شيخنا عن العناية (قوله بخلاف اختلاف الشاهدين فى لون البقرة الغصب) لان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه بخلاف السرقة فانها انما تكون فى الليالى غالبا لان السرقة أخذ الشئ خفية ولا يتحقق ذلك غالبا فى النهار أما الغصب فهو أخذه علانية (قوله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان الخ) مقتضاه وقوع الشهادة لمدعى الشراء وكذا لو وقعت لمدعى البيع بحر (قوله بطلت الشهادة) وذكر علاء الدين السمرقندى ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن عينى وغيره كالزيلعى وسيأتى بيان وجه التوفيق ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من الايهام اذ تأخير قوله وفى الفوائد الظهيرية الخ عن قوله هذا اذا اختلف البائع والمشترى قبل تسليم العبد الخ يوهم انه بالنسبة لما بعد التسليم وليس كذلك (قوله هذا اذا اختلف البائع والمشترى الخ) من هنا تعلم ان ما فى العينى من قوله سواء كان المدعى هو العبد او الولى صوابه مشترى العبد وقوله او الولى يعنى البائع كذا نبه عليه الشيخ شاهين (قوله لان الدعوى حينئذ دعوى العقد) والبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به ولم يتم النصاب على واحد منهما الخ الزيلعى (قوله فحينئذ تقبل) أى الشهادة وفيه كلام كذا ذكره السيد الحموى قال شيخنا هو انه يثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما اذا ادعى الاكثر (قوله كما فى هذه المسئلة) لان كلام المصنف صريح فى ان جنس الثمن متحد باتفاق الشاهدين وانما الخلاف بينهما فى قدره فقط فقول السيد الحموى ليس فى كلام المصنف ما يفهم منه ان جنس الثمن متحد فى هذه المسئلة غير مسلم (قوله تقبل الشهادة) لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بان يشتريه بألف ثم يزيده عليها خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد زيلعى وفيه تأمل لانه اذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة لا يقال انه اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذه الشفيع بأصل الثمن كما فى البحر عن العناية ومحصله الميل الى ترجيح ما فى المتن من بطلان الشهادة (قوله بخلاف ما اذا اختلف الجنس الخ) لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار زيلعى (قوله وكذا الكتابة) أما اذا كان المدعى هو العبد فظاهر لانه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعى هو المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب زيلعى وقيل ان كان المدعى هو المولى لا تقبل بينته وان اتفق الشاهدان على قدر البدل شيخنا لان العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والاجارة كالبيع فى اول المدة للحاجة الى اثبات العقد وكالدين بعد مضى المدة والمراد من كونها كالدين ان يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لا تقبل وتقييده فى الدر بقوله والمدعى هو المؤجر لانه لو ادعى المستأجر عقد الاجارة بعد انقضاء المدة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به فلا حاجة الى

اتفاق الشاهدين او اختلافهما عزمي زاده ووجه قوله فلا حاجة الى اتفاق الشاهدين الخ انه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآخر لا يأخذ منه ببينته سوى ذلك كما في البحر عن النهاية (قوله وكذا الخلع) يعني اذا كانت الدعوى في الخلع واختلف الشاهدان في قدر البدل ردت الشهادة وليس هذا على اطلاقه بل مقيد بما اذا كانت الدعوى من المرأة كما سيذكره الشارح وهذا مما لا خلاف فيه بخلاف الدعوى في الكتابة (قوله والاعتاق على مال) يعني اذا ادعى العبد على المولى انه أعتقه على كذا واختلفا في قدر مردت شهادتهما أيضا بخلاف ما اذا كان المولى هو الذي يدعي العتق كما سيذكره الشارح (قوله والصلح عن دم العمد) يعني اذا وجب القصاص على شخص فادعى القاتل انه وقع بينه وبين ولي المقتول الصلح عن دم العمد على كذا فانكر فشهد الشاهدان به واختلفا في قدر البدل ردت أيضا بخلاف دعوى الولي الصلح على ما سيذكره الشارح (قوله او العبد) يحترز به عما اذا كانت دعوى العتق على مال من المولى وهذا مما لا خلاف فيه لان رد الشهادة عند اختلاف الشاهدين في مقدار بدل العتق مقيد بما اذا كان المدعي للعتق هو العبد اتفاقا على ما سيأتي والحاصل ان التقييد بدعوى العبد للاحتراز عن دعوى المولى اذا كان الاختلاف في العتق على مال قولا واحدا وليس احترازا عن دعوى المولى الكتابة على القول بان كلام المصنف رحمه الله تعالى يجري على عمومه فيهما وعلى القول المقابل يكون احترازا عن دعوى المولى في كل من الكتابة والعتق وبهذا التقرير تعلم ما وقع لبعضهم حيث جعل التقييد بدعوى العبد راجعا لقوله كذا الاعتاق لا لقوله كذا الكتابة لما قدمناه عن الفتح انتهى يريد به ما قدمه عن الفتح من ان قوله وكذا الكتابة شامل لما اذا كان المدعي العبد او مولاه الخ لان ما ذكره في الفتح من الشمول أحد قولين حكاهما الزيلعي على ان القول الثاني وان كان محكيا في كلام الزيلعي بقيل لكن جزم به العيني ونصه وأما الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لم تنفذ لان العبد متمكن من الفسخ وان ادعى المكاتب لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة انتهى (قوله او المولى) قال السيد الحموي هذا على قول وقيل ان كلام المصنف يجري على اطلاقه وهذا من السيد الحموي يبتني على ما فهمه من ان قول الشارح او المولى تصريح بمحترز التقييد بدعوى العبد بناء على ان التقييد بدعوى العبد بالنسبة لمسئلة عتق فقط وعليه فلا يتم ما ذكره (قوله او ولي المقتول) تصريح بمحترز تقييد دعوى الصلح عن دم العمد بدعوى القاتل (قوله فهو بمنزلة دعوى الدين) فيقع الطلاق على الزوج اذا ادعى الخلع لاقراره وتقبل شهادة الشاهدين فيما اتفقا عليه وهو الاقل وكذا يثبت العتق على المولى بدعواه على عبده انه اعتقه على مال وتقبل شهادة الشاهدين فيما اتفقا عليه وكذا يثبت العفو عن القاتل لاقرار الولي به وتقبل الشهادة في القدر المتفق عليه دون ما انفرد به أحدهما وهذا اعني ثبوت الاقل لاتفاق الشاهدين عليه وان اطلقه الزيلعي وغيره كالعيني محمول على ما اذا ادعى الاكثر كما في الدر (قوله فأما النكاح فيصح بألف) كأنه جواب عما يقال كيف الحكم في النكاح اذا اختلف شاهداه فقال يصح بألف باتفاقهما عليه ووجهه ان المال في النكاح تبع ولهذا يصح بلا تسمية المهر وبنفيه ولا اختلاف فيما هو الاصل وهو العقد فيثبت ثم وقع الاختلاف في التبع فيقضي بالاقل ويستوي فيه دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح صدر الشريعة والحاصل ان وجوب الاقل عند دعوى الاكثر مما لا خلاف فيه والخلاف فيما اذا ادعت الاكثر والصحيح وجوب الاقل أيضا وقيل يجب لها مهر المثل (قوله وقالا لا يقضى بالنكاح أيضا) لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة (قوله اذا كانت المرأة هي المدعية) فابو حنيفة يجعل مقصودها المال فيجب الاقل وهما يجعلان مقصودها العقد فلا يثبت كما في الزيلعي وهذا وان كان محكيا بقيل صححه في الفوائد كما في البحر عن النهاية (قوله لا يقبل اجماعا) لانها دعوى عقد (قوله ملك المورث) كلام اضافي مبتدأ وقوله لم يقض لوارثه الخ خبره عيني (قوله بلا جر) عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الجر ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت

(و) كذا (الخلع) والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد أو القاتل اما اذا كانت الدعوى من جانب الزوج او المولى أو ولي المقتول فهو بمنزلة دعوى الدين (فأما النكاح فيصح بألف) وهو أقل المشهود به عند أبي حنيفة وقالا لا يقضى بالنكاح أيضا وهذا مطلق أي سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الاقل والاكثر وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان المدعي هو الزوج لا يقبل اجماعا والاصح ان الخلاف في الفصلين (ملك المورث) متى ثبت (لم يقض) لوارثه بلا جر)

بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ألا ترى انه ثبت فى حقه أحكام لم تكن ثابتة فى حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه زيلعى قال سعدى وفيه بحث فان من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث اوغيره يحل له اكل ماعنده من الصدقات مع انه لم يوجد تجدد الملك انتهى فظاهر كلام سعدى الميل الى قول أبى يوسف (قوله بان يقول الشاهد انه كان لابيه الخ) ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة فاذا شهدوا انه أخوه فلا بد من بيان انه أخوه لابيه وامه أو لاحدهما ومن شرط قبول الشهادة بالميراث ان يدرك الشاهد الميت وان يقول لا وارث له غيره اولا أعلم له وارثا غيره والا فهى باطلة لعدم معاينة السبب بحر عن البزازية وقيد بالملك لان اثبات شراء المورث لا يتوقف على الجر بحر أيضا عن الظهيرية (قوله أى بملك المورث) فيكون جرا ضرورة اذا ثبت ملك المورث وقت موته ولو قال كان لابيه ولم يزد على ذلك لم يكن جرا شيخنا (قوله او يده) لان فيه جرا أيضا لان يده ان كانت يد ملك عند الموت فظاهر وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك عينى (قوله او يد مودعه او مستعيره) وكذا مستأجره ومرتهنه وغاصبه لان اثبات يد من يقوم مقامه اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه عينى (قوله هذا بالاجماع) اسم الاشارة راجع للاستثناء فى قول المصنف الا ان يشهدا بملكه الخ (قوله ولو شهدا بيد حى الخ) أى شهدا انه كان فى يد المدعى منذ شهر والحال انه ليس فى يد المدعى عند الدعوى لا تقبل لان الشهادة قامت بمجهول لان اليد متنوعة الى يد ملك ويد أمانة فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك فانه معلوم غير متنوع ووجه القبول عند أبى يوسف ان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها ملكه تقبل فكذا هنا وهذه المسئلة أتى بها المصنف استطرادا ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار فى يد رجل فادعى آخر انها له وأقام بينة انها كانت فى يده شيخنا (قوله كانت فى يد فلان مات) أى وقت موته عينى (قوله دفع الى المدعى) لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ألا ترى انه لو قال لفلان على شئ صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به وانما قال دفع اليه دون ان يقول انه اقرار بالملك له لانه لو برهن انه ملكه يقبل ولو قال انه كان بيده بغير حق ففيه خلاف والمفتى به انه اقرار بحر عن جامع الفصولين والمستثر فى برهن يرجع للمدعى عليه والله اعلم (فرع) ادعى المديون الايصال متفرقا وشهدا به مطلقا او جملة لم تقبل درعن الوهبانية

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من شهادة الاصل شرع فى شهادة الفرع لان الفرع مؤخر عن الاصل وجودا فأخر وضعا حموى (قوله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة) اطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه والتعزير كما فى الاجناس والنسب كما فى خزانة المفتين وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية بحر وفيه عن القنية اشهد القاضى شهودا أنى حكمت لفلان على فلان بكذا فهو اشهاد باطل الخ ونقل الحموى عن الشلبى معزيا لخزانة أبى الليث ان كتاب القاضى للقاضى مما لا يصح فيه الشهادة على الشهادة انتهى (قوله بخلاف الحد) أى لا تقبل فيما يوجب حدا فلا يرد انه اذا شهد على شهادة شاهدين ان قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فانها تقبل حتى ترد شهادته بحر عن المبسوط (قوله وجوازها استحسان) لشدة الحاجة اليها

لان

بأن يقول الشاهد انه كان لابيه مات وتركه ميراثا له (الا ان يشهدا بملكه) أى بملك المورث (أو بيده) (أو يد مودعه أو) يد (مستعيره وقت الموت) متعلق بالكل بيانه اذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه أعارها أو أجرها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة على انه مات وتركها ميراثا له هذا بالاجماع (ولو شهدا بيد حى منذ شهر ردت) الشهادة وعند أبى يوسف لا ترد وانما قيد بقوله بيد حى لانهم لو شهدوا انها كانت فى يد فلان مات تقبل بالاتفاق كذا فى الاصل قوله منذ شهر وجوده كعدمه والخلاف ثابت أيضا بدون ذكره فانه ذكر التمرتاشى فى الجامع الصغير شهدوا لحى ان العين كانت فى يده لم تقبل (ولو أقر المدعى عليه بذلك) أى بأن العين كانت فى يد المدعى (أو شهد شاهدان انه) أى العين (كان فى يد المدعى دفع الى المدعى) المدعى عليه (اقرانه)

باب الشهادة على الشهادة
(تقبل فيما لا يسقط بالشبهة) بخلاف الحد والقود وجوازها استحسان والقياس

لان الاصل قد يعجز عن ادائها لموته او سفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت لكن فيها شبهة البدلية ولهذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات درر (قوله أي جوازها) لان اداءها عبادة بدنية والانابة لا تجري في العبادات البدنية درر (قوله ان يشهد رجلان) وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأتين تشهد على شهادتهما رجلين او رجلا وامرأتين ويجوز ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة زيلعي واطلاق كلام المصنف شامل لشهادة الابن على شهادة أبيه فانها جائزة وكذا على قضائه في الصحيح كما في الدرر وفي البحر عن الكافي شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق لم يجز وكذا لو شهد كافران على قضاء كافر لكافر او مسلم على كافر ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة انتهى (قوله على شهادة واحد من الاصل) ولو امرأة شرنبلالية عن الفتح وقدمناه عن الزيلعي (قوله ثم شهدا على شهادة الآخر) لانه لا يشترط مغايرة الفرعين اللذين شهدا على شهادة أحد الاصلين للفرعين اللذين شهدا على شهادة الاصل الآخر خلافا للامام الشافعي وانما لا تشترط المغايرة لقول علي لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل رجل فرعان ولان الرجلين ينقلان شهادة الاصل وهو من الحقوق فقد تم على هذا الحق نصاب الشهادة فجاز ان يشهدا على الاصل الآخر أيضا لان الشاهدين يجوز ان يشهدا على قضايا كثيرة (قوله وقال الشافعي الخ) لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد وله ما سبق عن علي (قوله ولا تقبل شهادة واحد الخ) مستدرك بما قبله وانما ذكره لدفع توهم ان يراد بالمنفي المجموع حموي ولو شهد احد الاصلين على شهادة صاحبه مع آخر لم يجز لان الاصالة تقتضي مشاهدة الحق والفرعية عدمها فهما متنافيان ولان الفرع بدل عن الاصل ولا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا في حالة واحدة زيلعي (قوله وعند مالك تقبل) لان الفرع معبر عن الاصل فنزل منزلة رسوله كرواية الاخبار ولنا ما سبق عن علي لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان شهادة كل من الاصلين حق من جملة الحقوق فهذا القاضي لا يثبت الا بحجة تامة ينبغي ان يقال ما جعله الشارح والزيلعي مذهبا لمالك نسبه العيني لاحمد (قوله والاشهاد ان يقول الاصل للفرع الخ) لان الفرع كالنائب عنه ولا بد من التحميل والتوكيل ولا بد ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء واما لو سمع الفرع كلامه ولم يجعله نائبا لان له ان يعني بشهادة أصل وفرعين عن اصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف نهاية واجاب الزيلعي بعدم الجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلين عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر (قوله او يقول عندي كذا) ويقول له فهذا التحميل اشهدني على نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه زيلعي ويكفي سكوت الفرع ولو رده ارتد بنفسه ولا ينبغي ان يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده درر عن الحاوي (قوله أو يقول اشهد أنت على شهادتي بكذا) هذا هو الاقصر في التحميل فقول السيد الحموي لم يبين الاقصر في تحميل الشهادة من الاصل للفرع غير مسلم (قوله فاشهد أنت على شهادتي) ولا يقول اشهد على بكذا لانه امر بتحميل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي زيلعي (قوله اشهد ان فلانا الخ) تفصيل والا فلا بد من ذكر اسماء الاصول واسماء آبائهم واجدادهم بحر عن الصغرى وفيه عن المصباح فلان وفلانة بدون الف ولام كناية عن الاناسي وبهما كناية عن البهائم فتقول ركبت الفلان وحلبت الفلانة انتهى (قوله أي بان فلانا أقر عندي بكذا) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل واقله يحصل بثلث شينات (قوله وفي الفقه اطول الخ) أي للشهادة على الشهادة أداء وتحميلا حموي (قوله والاقصر) أي من حيث الاداء لا من حيث التحميل وقدم الشارح الكلام عليه أول شرح التحميل وقول السيد الحموي وقد ذكره في الفتح اربعة من الائمة لا حاجة اليه لتصريح الشارح

أي جوازها (ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) بان شهدا على شهادة واحد من الاصل ثم شهدا على شهادة الآخر من الاصل وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع عن كل أصل اثنان (ولا تقبل شهادة واحد) من الفرع (على شهادة واحد) من الاصل وعند مالك تقبل (والاشهاد ان يقول) الاصل للفرع (اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا أقر عندي بكذا) أو يقول انا أشهد على شهادتي بكذا أو يقول اشهد أنت على شهادتي ان فلانا أقر لفلان بكذا اشهد أنت على شهادتي اني أشهد بان فلانا أقر عندي بكذا ان فلان بن فلان أقر عندي (واداء الفرع على نفسه ان يقول اشهد ان فلانا شهد عندي) ان فلانا أقر اشهدني على شهادته (على) شهد عنده بكذا وقال) لي اشهد على شهادتي بذلك) اي ان فلانا أقر عنده بكذا وفي الفقه اطول من هذا وذكر الاوسط الى هنا واما أقصرها واما العدل ... الاطول فهو ان يقول الاصل اشهد ... وانا اشهدك على شهادتي بكذا وانا اشهدك على شهادتي وفيه خمس شينات ... ان يقول الفرع اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك وفيه ثمان شينات والاقصر ان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان

به قريبا فيما سيأتى (قوله والاطول اختيار بعض المشايخ) يعنى الخصاف (قوله والاقصر اختيار أبى جعفر الخ) وهو اسهل وايسر وروى ان أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا تبيين (قوله ولا شهادة للفرع الخ) لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء وقيد العذر بشهادة الفرع أى عند القاضى لما فى خزانة المفتين والاشهاد نفسه يجوز وان لم يكن بالاصول عذر وظاهر كلام المصنف الحصر فى الثلاثة وليس كذلك ففى القنية الاصل اذا كانت امرأة مخدرة يجوز لها ان تشهد على شهادتها وهى التى لم تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء حاجة أو حمام بحر (قوله أو سفره) دل كلام المصنف ان السلطان والامير لا يجوز اشهادهما وهما فى البلد بحر عن القنية وفيه عن السراج اذا كان شاهد الاصل محبوسا فى المصر فاشهد على شهادته هل يجوز للفرع ان يشهد على شهادته وللقاضى الحكم بها اذا كان محبوسا فى سجن هذا القاضى لا يجوز لان القاضى يخرجه من سجنه حتى يشهد ثم يعيده الى السجن وان كان فى سجن الوالى ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز انتهى (قوله أو يغيبون الخ) فلا يجوز بمجرد مجاوزة المصر بل لا بد من الغيبة المذكورة (قوله وعن أبى يوسف انه لم يجعل السفر شرطا الخ) وعليه الفتوى بحر عن السراجية وفى التبيين واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وعن محمد انها تجوز كيفما كان حتى روى عنه انه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته فى زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وفى النهاية عن السرخسى والسغدى اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصل فى المصر يجب ان تجوز على قولهما لا على قول أبى حنيفة بناء على ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه فى الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما يملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه فى الجواب من غير عذر فكذا فى الحضور الى مجلس الحكم زيلعى فعلى هذا لا يشترط لاداء الفروع ان يكون بالاصول عذر اصلا عندهما (قوله فان عدلهم الفروع الخ) وكما يصح تعديل الفروع للاصول كذا يصح تعديل الاصول للفروع زيلعى وحاصله ان القاضى اذا كان يعرف الاصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين دون الآخر سأل عن الذى لم يعرفهم انتهى (قوله صح التعديل) أى قبل تعديلهم لانهم من اهله وفى الصغرى وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الفرع نائب ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضى فبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله انتهى والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضى فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل الاصول وكما يكفى تعديل الفرع لاصله كذا يكفى تعديل أحد الشاهدين صاحبه فى الاصح لان العدل لا يتهم بمثله در ولو ردت شهادة فرع لفسق اصل لم يقبل شهادة أحدهما بعد ذلك بحر عن الخانية (قوله والا عدلوا) لان المأخوذ عن الفروع النقل دون التعديل تبيين (قوله وان تركوا تزكيتهم) بان سكتوا أو قالوا لا نعرف حالهم على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع وكذا لو قالوا ليسوا بعدول در عن القهستانى معزيا للمحيط لكن فى البحر عن الخانية اذا قال الفرع للقاضى انا نتهمه فى الشهادة فان القاضى لا يقبله انتهى اللهم الا ان يقال نفى الفرع العدالة عن الاصل لا ينافى توقفه به فى هذه الشهادة فحينئذ لا تنافى بين ما فى البحر والدر (قوله وعند محمد لا تقبل) لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة ولابى يوسف ان الواجب عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم حالهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضى عدالتهم كما لو حضر واو شهد واسند الفرع اذا لم يعرف الاصل بالعدالة ولا غيرها فهو مسىء فى الشهادة على شهادته لترك الاحتياط بحر عن خزانة المفتين قال والاساءة اخفش من الكراهة (قوله بانكار الاصل الشهادة) أو خروجه عن أهليتها بفسق أو عمى أو خرس أو ردة أو جنون ونهيه عنها على الاظهر كما فى الخلاصة قال فى الدر ونهى عمنا ما يخالفه وفى الدرر عن الخانية

والاطول اختيار بعض المشايخ
والاقصر اختيار أبى جعفر وابى الليث
وذكره المن... شمس الائمة السرخسى و...
اختيار شمس الائمة الحلوانى
(ولا شهادة للفرع الا بموت أصله
أو مرضه أو سفره) أى لا تقبل شهادة
شهود الفرع الا ان يموت شهود
الاصل كلهم او بعضهم أو يمرضون
مرضا لا يستطيعون حضور مجلس
القضاء او يغيبون مسيرة ثلاثة أيام
ولياليها فصاعدا وعن أبى يوسف
انه لم يجعل السفر شرطا ولكنه قال
ان كان غائبا عن المصر فى مسافة
لو غدا الى القاضى لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت بأهله صح
الاشهاد (فان عدلهم) أى الاصول
(الفروع صح) التعديل (وان) أى
وان تركوا تزكيتهم (عدلوا) وهذا
عند أبى يوسف وعند محمد لا تقبل
شهادة الفروع اذا لم يعلموا عدالة
الاصول (وتبطل شهادة الفرع
بانكار) شاهد (الاصل الشهادة)

ومعنى المسئلة انهم قالوا ما الشاهدة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة [illegible] حضرتهم فلم يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا كذا في الكافي (ولو شهدا) أي شاهدا الفرع (على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف) درهم (وقالا) [illegible] الفرع (جرانا) أي شاهدا الاصل (على ملامسكين) (انهما يعرفانها فجاء) أي المدعي (بامرأة وقالا) أي شاهدا الفرع (لم ندرأهي هذه أم لا قيل للمدعي) وقد ثبت الحق على فلانة بنت فلان الفلانية بشهادة هذين الشاهدين ثم (هات شاهدين) آخرين (انها) أي هذه المرأة (فلانة) بنت فلان الفلانية (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) أي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي و [illegible] يشهد بين يدي فلان ابن فلان ان لفلان بن فلان على فلان كذا من المال وأنكر ذلك [illegible] ان يكون هو فلان بن فلان [illegible] يكون كتاب القاضي الى القاضي حجة عليه ما لم يشهدا [illegible] انه فلان بن فلان (ولو قالا) أي الفرعان (فيهما) أي في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي [illegible] (التميمية لم يجز) هذه الشهادة (حتى ينسباها الى فخذها) وهي القبيلة الخاصة بالنسبة الى ما فوقها من الشعب ونحوه [illegible] [illegible] ولا يشترط [illegible] [illegible] في الادنا النسبة الى [illegible] عامة والى الاول [illegible] وقال الامام [illegible] [illegible] [illegible] لا يصح للتعريف [illegible] النسبة الى [illegible] [illegible] الكبيرة عامة كذا في الاصل (ونوادر) الشاهد (انه شهد زور) [illegible] (يشهر ولا يعزر) [illegible] [illegible] شاهد زور [illegible] [illegible] شهادة [illegible] [illegible] [illegible] ولا [illegible] [illegible] كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] شاهد [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي [illegible] لان عمر رضي الله عنه [illegible] [illegible] على [illegible] [illegible] [illegible] الحاكم الامام أبو محمد الكاتب ان رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بالاجماع [illegible] [illegible]

(قوله في الاصل والفرع [illegible] شهادة [illegible] وجرى عليه في [illegible] [illegible] الخانية اذا حضر الاصول قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفروع قال في البحر [illegible] وقوله لا يقضي دون ان يقول بطل الاشهاد ان الاصول لو غابوا بعد ذلك قضي بشهادتهم (قوله ومعنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة) اما لو سئلوا فسكتوا قبلت كذا في الخلاصة (قوله على فلانة الخ) يشير الى انه يشترط في الاشهاد الاعلام بما يدري ما يمكن [illegible] مجلس الاشهاد كمجلس القضاء (قوله قيل للمدعي الخ) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة فلعلها غيرها ولا بد من تعريفها بتلك النسبة فهذا من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيرهم درر ونظيره اذا تحملوا الشهادة [illegible] ولو شهدوا على الشراء بذكر الحدود ولا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده ولو أقر ان عليه لفلان بن فلان الفلاني كذا [illegible] هذا الاسم وادعاه وقال اردت به رجلا آخر يسمى بذلك صدق قضاء ولا يفتى عليه بالمال [illegible] البزازية (قوله ثم هات شاهدين انها فلانة) ولو [illegible] لاحتمال التزوير (قوله وكذا كتاب القاضي الا انه معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور [illegible] ينفرد بالنقل بحر (قوله وانكر ذلك [illegible] الخ) كذا قيده بالانكار الزيلعي والعيني والدرر ومقتضاه انه لو لم يكن منكرا لا يكلف المدعي بشاهدين آخرين يشهدان ان تلك النسبة للحاضر وهو خلاف ما في البحر وجرى عليه في [illegible] [illegible] والدرر من انه يكلف ذلك ولو مقرا به للاحتمال التزوير (قوله حتى ينسباها الى فخذها) [illegible] لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم عامة اذ لا يحصى عددهم [illegible] النسبة الى الفخذ لانها خاصة [illegible] [illegible] ذكر الجد لانه اسم الجد الاعلى وقام مقام ذكر الجد الادنى درر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الجد خلافا لابي يوسف [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] المقصود الاعلام ولو ذكر اسم العبد واسم المولى واسم ابيه يكفي [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] لانه [illegible] واختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد [illegible] [illegible] [illegible] الكمال وان كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كان [illegible] يكفي ولا حاجة الى [illegible] [illegible] والمعتبر [illegible] [illegible] المعرفة وارتفاع الاشتراك (قوله وهو القبيلة الخاصة) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] فوق البطن وقبل دون البطن وفوق الفصيلة [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] معربا بالمصباح (قوله من الشعب) [illegible] الشين [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] الاصلاح [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] (قوله النسبة الى [illegible] [illegible] لا تصح للتعريف) لكونها عامة (قوله ولو أقر انه شهد زور الخ) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] اقروا [illegible] (قوله يشهر) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] التعريف بالعلم [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] (قوله ولا يعزر) [illegible] [illegible] (قوله تصل القضاء [illegible] [illegible] [illegible]) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] (قوله ولا [illegible]) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] المجمعة [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] كما في الفتح (قوله [illegible]) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] الآن بحر (قوله وقالا يضرب ويحبس) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ولو ان شريحا كان يشهره ولا يضربه [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

السياسة بدلالة التبليغ الى أربعين وهو حد العبد في القذف ويدل عليه ... أيضا لانه ...
قال في البحر وفي السراجية الفتوى على قوله ورجح ... ان الحق ... وان كان
... لكنه زاحم ... في الفتوى ... الى قوله في ... هي كان
في هذه المسألة من ... [illegible]
... يكون فعله مشهورا ... لا يكون ... [illegible]
... يسقط ما عساه ... [illegible]
عن ... (قوله الاصرار) ... ما كان (قوله ولو ...) ... [illegible]
... في ... [illegible]
وعند آخرين ... (قوله ...) ... لو كان ...
أو ... [illegible]
... [illegible]
... لا تعدى ... (قوله لا ...) ... [illegible]
... وتهمة في اقراره على نفسه ... [illegible]
... عند السلام ... [illegible]
... أقام البينة ... [illegible]
... [illegible]
... (قوله ...) ... [illegible]
... [illegible]

(باب ...)

رجوع ... [illegible]
... رجوع عن ... [illegible]
... (قوله ...) ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
ان ... الرجوع ... (قوله ...) ... [illegible]
... (قوله ...) ... [illegible]
... رجوعا ... (قوله ...) ... رجوع ...
... [illegible]
في ... [illegible]
أو ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... (...) ... [illegible]
... [illegible]
... بعد ... وان مات

الاصرار ... هذا الاختلاف
وان كان لا يعلم ... تقبل شهادته في
... الصغير ... وبه
... والاقرار لانه
قبل ... معروف ...
لا فرق الى ... صاحب ...
وذكر في المغني قال صاحب ...
وشاهدا ... او ...
... وشهد ... قتله أو ...
... المشهود ... لا يعلم بدون
... [illegible]
... الرجوع عن ...
... رجوع عنها ...
... رجوع ...
... الرجوع ...
... ولكن وهو
... لا ...
... [illegible]

منه بحر (قوله بعد القضاء) وقبله لا تعزير فقط زيلعي (قوله وكان المشهود به مالا) فلا ضمان لو رجعا عن منفعة النكاح بعد الدخول ومنفعة دار شهدا على المؤجر لمستأجر بإجارتها بأقل من أجر مثلها ثم رجعا بحر لكن نقل الحموي عن المقدسي انه ينبغي ان يضمنا في منفعة الوقف واليتيم ودار الغلة كما اختاره المتأخرون من ضمان مثلها انتهى (قوله بغير عوض يعدله) لانه بعوض اتلاف صورة لا معنى كما اذا شهدا عليه بالبيع بمثل القيمة فكان كلا اتلاف وقدر الواجب على قدر الاتلاف لانه السبب والحكم يتقدر بقدر العلة (قوله الا عند قاض) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم واذا كان الرجوع عند غيره لا يصح فلو أقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقر انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة انهما رجعا عند قاض آخر غير الذي كان قضى بالحق حيث يقبل بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا زيلعي وتبعه العيني قال شيخنا وقيده بان القاضي قضى عليهما بالضمان ولا بد من هذا القيد كما في البحر عن النهاية [illegible] ولو ادعى المدعى عليه القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان الا باتصال القضاء به (قوله لم يقض) لان كلامهم متناقض ولا ضمان عليهم لانهما لم يتلفا شيئا على احد يعني لا فرق في عدم القضاء بالشهادة بعد الرجوع وقبله بين من رجع عن الشهادة او بعضها حتى لو شهدا بدار وبنائها او بأمة وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالاصل بحر عن جامع الفصولين معللا بان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد (قوله وبعده لم ينقض) لترجحه بالقضاء بخلاف ظهور الشاهد عبدا او محدودا في قذف فان القضاء يبطل ويرد ما اخذ والغرم على المدعي بتقوده ولا يضمن الشهود لما مر ان الحاكم اذا أخطأ فالغرم على المقضي له تنوير وشرحه وقوله لم ينقض بالبناء للمجهول او للمعلوم حموي (قوله وضمنا ما أتلفاه) وقضاء القاضي وان كان علة التلف لكنه لما كان ملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليه أي الى السبب كما في حفر البئر على قارعة الطريق شيئا وانما كان ملجأ لوجوب القضاء عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر قال ابن الغرس في شرحه قيد ذا فتحاوى القاضي انه اذا تم عنده كلام المدعي والمدعى عليه واتضح له الامر بانه الحكم الشرعي وجبت عليه اجابته ومتى امتنع من ذلك مستحلا يكفر حموي (قوله اذا قبض المدعي المال) لعدم الاتلاف قبله في شرح الوقاية والتقييد بالقبض يشير الى عدم الضمان قبله وان كان بعد الحكم حموي اعلم ان المصنف تبع في التقييد بقبض المال صاحب الهداية تبعا للسرخسي وصاحب المجمع اطلق الضمان بلا تقييد بالقبض تبعا للاصل والبزدوية وجزم به المقدسي وعليه العمري وما جرى عليه في متن التنوير والخلاصة انه قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وفرق في المحيط بين الدين والعين فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود له لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقدر بالمثل ان كان المشهود به مثليا او بقيمته ان لم يكن مثليا وان كان المشهود به دينا رجعا قبل القبض لا يضمنان وان بعده ضمنا ولانهما اوجبا عليه دينا [illegible] ذمته بما مثل ذلك ولا يضمنون منهم الا بعد قبض المشهود به تحقيقا للمعادلة انتهى وهذا [illegible] الاسلامية فالمراد بالاشارة من قول الشيخ العيني وهذا بالاجماع عائد الى تضمين الشاهدين لا الى التقييد بالقبض [illegible] كلامه (قوله او عينا) وكذلك العقار يضمن قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف [illegible] بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم تحققه فيه زيلعي وقوله عندهم أي عند أبي حنيفة وصاحبيه في ان قال ظاهر كلام الزيلعي عدم اشتراط القبض في العقار لوجوب الضمان على الشهود اذا رجعا عندهم من غير خلاف وليس كذلك بل الخلاف ثابت واذا

بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض يعدله (الا عند قاض) رجوع [illegible] (لا يصح) رجوع [illegible] الى [illegible] ولا [illegible] حكم [illegible] قاض [illegible] الرجوع [illegible] (قبل حكمه) [illegible] شهادتهما [illegible] رجوعا [illegible] (وبعده) [illegible] (لم ينقض) حكمه (وضمنا) ما [illegible] (المشهود عليه اذا) [illegible] المال [illegible] وكان قبض المدعي المال) [illegible] (دينا او عينا)

قال شيخنا هذا على قول شيخ الاسلام وعلى قول شمس الائمة لا يضمنه الشاهدان بالرجوع الا اذا قبضه المدعي كالمنقول انتهى (قوله وقال الشافعي لا يضمنان) لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشر قلنا القاضي هو المباشر ولا يمكن ايجابه عليه لانه ملجأ ولا على المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب ومن العجب انه يوجب القصاص عليهم اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم اعظم ولا يوجب المال مع انه يثبت بالشبهة فان قلت أنتم ايضا اوجبتم المال على الشاهد اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل منهما جزاء الجناية قلت القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال عيني (قوله وفي مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة الخ) هذا من الشارح نقل لكلامهما على وجه الاختصار واستفيد من تقييده بقوله ان كان المشهود به عينا انه اذا كان دينا ليس له ان يضمنهما قبل القبض فدعوى السيد الحموي ان الشارح أخل في نقل كلامهما لانهما فرقا بين العين والدين وما نقله الشارح عنهما لا يفيد ذلك غير مسلمة كما هو ظاهر (قوله قبض المدعي العين اولا) لدخولها في ملك المدعي بمجرد القضاء بدليل جواز تصرفه فيها دون المدعى عليه وفي الدين يشترط القبض اذ لا يخرج عن ملك المشهود عليه بدونه واعلم ان تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه بل يضمن أيضا بظهور كذبه كما لو شهدوا ان له عليه ألف درهم وقضى القاضي بذلك وأخذ الالف ثم أقام المقضي عليه البينة على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود بحر عن فروق الكرابيسي ثم اعلم ان الضمان يسقط عنهما بأشياء الاول ضمنهما نصف المهر ثم أقر بالطلاق رده اليهما الثاني ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالعتق ردها اليهما الثالث ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها اليهما الرابع رجع الواهب في هبته بقضاء بعد ما ضمن الشاهدين برد الضمان الخامس ورثه المقضي عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه بحر أيضا عن العتابية وفيه عنها شهدا على انه ابرأه من الديون ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لانه توى ما عليه بالافلاس انتهى (قوله ضمن النصف) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق فيه الحجة وهو النصف ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعضه درر (قوله لم يضمن الراجع شيئا) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وعند الثلاثة يضمن الراجع ثلث المال عيني (قوله ضمنا النصف) ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر زيلعي (قوله ضمنت الربع من المال) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف وهذا بالاجماع عيني (قوله فان رجعتا ضمنتا النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجع امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر زيلعي (قوله لم يضمن) بتشديد النون لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان وعند الثلاثة يضمن ثمانية اجزاء النصف عيني (قوله ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة يبقى ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة زيلعي (قوله أي الرجل) وقع في النسخة التي كتب عليها السيد الحموي أي الرجال فلهذا قال صوابه الرجل (قوله وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن لا يقمن الا مقام رجل واحد ولللامام ان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى ان كل اثنين منهن في الميراث يقومان مقام

وقال الشافعي لا يضمنان وفي مبسوط
شيخ الاسلام والذخيرة ان كان المشهود
به عينا فله أن يضمنهما بعد الحكم قبض
المدعي العين أولا (فان رجع
أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن
بقي) من الشهود (لا لمن رجع) هذا
هو الاصل في الباب (فان شهد ثلاثة
ورجع واحد لم يضمن) الراجع شيئا
(وان رجع آخر) من هذه الشهود
(ضمنا) أي الراجعان (النصف وان
شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت الربع) من المال (فان رجعتا
ضمنتا النصف وان شهد رجل
وعشر نسوة فرجعت ثمان) نسوة
(لم يضمن) أي الراجعات (فان
رجعت أخرى) والمسئلة بحالها (ضمن)
أي الراجعات التسع (ربعه فان
رجعوا) أي الرجل والنساء (فالغرم
بالاسداس) على الرجل السدس
وعلى النسوة خمسة أسداس لان كل
امرأتين تقوم مقام رجل واحد وقالا
على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف (وان شهد رجلان عليه
أو عليها

ابن واحد عند الاختلاط وعند انفرادهن لا يزاد لهن على الثلثين وان كثرن وان رجع النسوة العشر
دون الرجل كان عليهن النصف اتفاقا وكذا اذا رجع الرجل وحده وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا
فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد زيلعي ولو شهد رجل
وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن
ثلاثة الاخماس ولو رجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شئ على المرأة وعنده عليهما الا ثلاثا منح
الغفار وقوله ولو رجل وامرأة أى ولو رجع رجل وامرأة (قوله بنكاح) قيد به لانهما لو شهدا عليها
بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمناه لها لانهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان او كثيرا بحر
وتبيين (قوله بقدر مهر مثلها الخ) وكذا لو شهدا بأقل من مهر المثل لا يضمنان النقصان وفي المنظومة
وشرحها يضمنان ما نقص عندهما خلافا لابي يوسف وفي الهداية وشرحها لا يضمنان وهو المعتمد في
المذهب بحر لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف اذ التضمين يستدعى المماثلة وانما تضمن
وتتقوم بالتملك لضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح
بأن شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان
الاتلاف بعوض يعدله فلا ضمان عليهم وان بعوض لا يعدله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة
لخلوها عن العوض (قوله لم يضمنا) لان الاتلاف بعوض يقابله كلا اتلاف (قوله ضمناها) اى الزيادة
للزوج لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض (قوله فيما اذا ادعت المرأة) وفي عكسه لا ضمان
مطلقا سواء كان المسمى قدر مهر المثل أو لم يكن بأن كان أكثر منه او أقل حموى (قوله ولم يضمنا في البيع
الخ) قيل بالبيع فقط لانهما لو شهدا به مع قبض الثمن فان شهدا بهما متفرقين ثم رجعا عن الشهادتين
فانهما يضمنان الثمن وان كان جملة واحدة وجبت القيمة ولو شهدا بالبيع والاقالة معا فلا ضمان بحر
وزيلعي (قوله فحينئذ يضمنان) أى ما نقص لانهما اتلفاه عليه بلا عوض واعلم ان الفعل وهو يضمن من
قول الشارح يضمنان وقع في النسخة التي كتب عليها الحموى مجردا عن علامة التثنية بصيغة الافراد فلهذا
قال والفعل مبنى لما لم يسم فاعله (قوله هذا اذا كان المدعى مشتريا) بأن شهدا على البائع ببيع عبده
بمائة وهو يساوى مائتين ثم رجعا ضمنا المائة لانه اتلاف بغير عوض ولو كان بمثل قيمته أو أكثر لم يضمنا
وعكس ذلك الشراء فيضمنان ما زاد لا ما نقص وعلى هذا فقول الشارح اما اذا كان بائعا فلا يضمنان أى
نقصانا وانما يضمنان ما زاد للمشترى لكن لا محل لقوله أيضا فتأمل حموى ولو قال المصنف كما في التنوير
وضمنا في البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع او زاد لكان اولى (قوله او فيه خيار البائع) أى ومضت
المدة لاستناد الحكم عند سقوطه الى السبب السابق وهو البيع اما اذا أجازه اختيارا أو فسخه في المدة
فلا ضمان كذا في البحر بالمعنى والمراد انهما اذا شهدا عليه بالبيع بشرط الخيار له فقضى بها ثم رجعا عن
الشهادتين لا يضمنان النقصان الا اذا انقضت مدة الخيار بدون فسخ او اجازة ويترتب على تضمينهما
النقصان بعد انقضاء مدة الخيار مع كونه متمكنا من الفسخ ما سيأتي عن الزيلعي من الاشكال وجوابه
ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين الى سنة وقيمته ألف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء أخذ
المشترى بالثمن الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر بحر عن خزانة المفتين فان اختار الشهود رجعوا بالثمن
على المشترى ويتصدقون بالفضل وتمامه في منح الغفار فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك
البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فان لم يفعل فقد رضى
بالبيع فوجب ان لا يضمناه شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تأخر حكمه
وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشترى المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما
فيضمنان لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يعتبر كالمقر بالبيع فتناقض
كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك زيلعي (قوله قبل الوطء) والخلوة تنوير

بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا
وان زاد عليه) أى على مهر المثل
(ضمناها) أى الزيادة للزوج (فيما
اذا ادعت المرأة النكاح والرجل جاحد
(ولم يضمنا في البيع الا ما نقص من
قيمة المبيع) فحينئذ يضمنان هذا
اذا كان المدعى مشتريا اما اذا كان
بائعا فلا يضمنان أيضا (ولا فرق بين
ان يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع
(وفي الطلاق) أى ان شهدا على رجل
انه طلق امرأته (قبل الوطء) ثم رجعا

(قوله ضمنا نصف المهر) لو مسمى والا فالمتعة لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط بردتها او تقبيلها ابن زوجها أو طلاقه فشمل ما بعد الموت كما لو شهدا انه قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرما لورثته نصف المهر ولم ترث للحكم بالبينونة في حياته ولو شهدا بعد موته أنه طلقها في حياته قبل الدخول ثم رجعا لم يضمنا الا ورثته لان الشهادة لم توجب على المرأة نصف المهر والميراث لان المهر كان مؤكدا بالموت بحيث لا يسقط بشيء وكذا الميراث زيلعي عن الكافي ولو شهد انه طلقها ثلاثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير للحرمة الغليظة تنوير وشرحه (قوله ولم يضمنا بعد الوطء) لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي يضمنان للزوج مهر المثل عيني ولو قال بعد الوطء او الخلوة كما في التنوير لكان اولى (قوله وفي العتق الخ) وفي التدبير ضمنا ما نقصه وهو ثلث قيمته ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته وفي الكتابة يضمنان قيمته كلها ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه اليهما وتصدق بالفضل والولاء لمولاه ولو عجز عاد الولاء ورد قيمته على الشهود وان اختار المولى عدم تضمين الشهود واتبع المكاتب كان له ذلك وفي الاستيلاد يضمنان قيمتها بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما فان مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها تنوير وشرحه بقليل زيادة وقوله وتصدق بالفضل حق العبارة ان يلحق بلفظ تصدق علامة التثنية أي وتصدق الشاهدان بالفضل ولو لم يكن للمولى مال سوى العبد الذي شهدا بتدبيره عتق بموت المولى ثلثه وسعى في ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة ولم يرجعا به على العبد فان عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهدان على العبد يعني اذا أيسر بحر عن المحيط قال وبه علم ان ما ذكره الزيلعي من ان العبد اذا كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر سهو ولما علمت من انه انما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به في المبسوط وقدمنا ان الفتوى ان قيمته مدبرا نصف قيمته لو كان قنا انتهى (قوله ضمنا القيمة) موسرين كانا او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان اتلاف الملك وان لزم منه فساد ملك صاحبه والولاء للذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان زيلعي (قوله وفي القصاص الدية) ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لان القصاص ليس بمال در (قوله بعد القتل) لو قال بعد الاستيفاء ليشمل ما اذا كان القصاص في النفس أو ما دونها كما في البحر لكان اولى (قوله ضمنا الدية) وفي السراج لوهاج ان الدية التي على الشاهدين تكون في مالهما في ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدي المشهود عليه فانهما يرثانه بحر (قوله وقال الشافعي يقتصان) لانهما تسببا القتل فصار كالمكره ولنا ان الفعل الاختياري من الولي والحاكم يقطع النسبة الى السبب كدلالة السارق وفتح باب الحبس وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء بخلاف المكره ولان أقل احواله ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة زيلعي قال وان رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها وللامام ان الشهود ضمنوا الاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي فانه ضمن بالاتلاف فلا يرجع واتفقوا على رجوعهما عليه في الخطأ (قوله ضمنوا) لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس القضاء زيلعي (قوله بلم نشهد الفروع) أي بقولهم لم نشهد الفروع عيني لانهم انكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء لانكارهم التحميل وهو شرط زيلعي واليه أشار الشارح بقوله ان رجعوا بعد القضاء (قوله وغلطنا) كذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم اتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم در ولو أبدل المصنف قوله بلم نشهد الفرع الخ بقوله برجوعهم

لكان

لو ثبت
ضمنا نصف المهر ولم يضمنا) لو
شهادة بالطلاق (بعد الوطء وفي العتق)
أي لو شهدا على رجل انه أعتق عبده
ثم رجعا (ضمنا القيمة وفي القصاص)
أي ان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد
القتل ضمنا (الدية ولم يقتصا) وقال
الشافعي يقتصان (وان رجع شهود
الفرع ضمنوا والاشهود الاصل بأن شهدوا
الفروع على شهادتنا) أي لا يضمن
شهود الاصل ان رجعوا بعد القضاء
وقالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا
(أو أشهدناهم وغلطنا)

لكان أولى ليشمل المسئلتين وليفهم انكار الاشهاد بالاولى بحر (قوله وعند محمد فى الثانية الخ) لان الفروع قاموا مقام الاصول فى نقل شهادتهم الى مجلس القضاء فصار كانهم حضروا بأنفسهم فشهدوا ثم رجعوا ولابى حنيفة وأبى يوسف ان الموجود من الاصول شهادة فى غير مجلس القاضى والشهادة فى غير مجلسه لا تكون سبب الاتلاف ولا نقول ان الفروع نائبون منابهم فى نقل شهادتهم الى مجلس القضاء فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا زيلعى فتحصل من كلام الزيلعى ان الخلاف مبنى على ان الاشهاد على الشهادة انابة وتوكيل عند محمد وعندهما تحميل خلافا لما فى البحر وجرى عليه بعضهم كالحموى من انه انابة وتوكيل عندهما وعنده تحميل صوابه العكس (قوله ضمن الفروع فقط) دون الاصول لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة فى مجلس القاضى وهى من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر زيلعى (قوله وعند محمد المشهود عليه بالخيار الخ) لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين شهادتهم وبشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ولا يجمع بينهما فى التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد لان جهتى شهادتهم متغايرتان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ثم أى فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته زيلعى قال المقدسى قلت فعلى هذا الفروع حينئذ معذورون ولا علم لهم بحال الاصول فكان ينبغى ان لا يضمنوا الا اذا علموا انهم غير صادقين وشهدوا ثم رجعوا أما اذا لم يعلموا فنقلوا شهادتهم ثم رجع الاصول فرجعوا تبعا لهم فلا ينبغى الضمان والتحقيق ان يقال ان اعترفوا بعدم التحميل و رجعوا بناء على ذلك يضمنون وان قالوا رجعنا تبعا للاصول لانهم رجعوا عما حملونا فلا حموى (قوله ولا يلتفت الخ) أى بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من الحكم لا ينتقض بقولهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا عينى (قوله وعندهما لا يضمن) لانه أثنى على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصار فى معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم أما اذا قال المزكى أخطأت فيها فلا ضمان اجماعا بحر (قوله لا شهود الاحصان الخ) ففى كلام المصنف لف ونشر مشوش (قوله والشرط) عطف على الاحصان عطف عام على خاص اذ الاحصان شرط لتوقف وجوب الحد عليه بلا عقلية تأثير ولا افضاء وأراد من الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الايقاع بحر قال والشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه وليس بمؤثر فى الحكم ولا بمفض اليه والعلة المؤثرة فى الحكم والسبب هو المفضى الى الحكم بلا تأثير والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه (قوله فالضمان على شهود اليمين) أى التعليق لان اليمين هو السبب والتلف انما يضاف لمن أثبت السبب دون الشرط عينى (قوله وقال زفر على الفريقين) لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا ولنا شهود اليمين شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق وهم الذين أثبتوه والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط أضيف التلف الى علته لا الى زوال المانع زيلعى ودرر (قوله اختلف المشايخ) والصحيح أنهم لا يضمنون بحال عينى

(كتاب الوكالة)

قال فى مسائل شتى من آخر هذا الكتاب لو قال وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا لان سكوته دليل

وعند محمد فى الثانية يضمن الاصول والفروع (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) دون الاصول عندهما وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع (ولا يلتفت الى قول الفروع) مطلقا (كذب الاصول) سواء قال الفروع (أو غلطوا) فى شهادتهم (وضمن المزكى بالرجوع) عن التزكية عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن (و) ضمن (شهود اليمين لا شهود الاحصان) الزنا (والشرط) أى اذا شهد شاهدان باليمين أى قالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين وقال زفر على الفريقين ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ وكالعماز درر فى الاحصان

(كتاب الوكالة) كان المناسبة بين الشهادة والوكالة ان كلا منهما من باب الولاية على الغير

القبول ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من انه يصير وقفا عنده بمجرد قوله وقفت داري انتهى زيلعي (قوله على سبيل الاعانة) فكل من المدعي والموكل استعان بالشاهد والوكيل لكن لم يبين الشارح نكتة تقديم الشهادة وكانه لان معنى الولاية فيها أتم (قوله اسم للتوكيل) أي اسم مصدر حموي (قوله وهو الحفظ) أي اسم مصدر التوكيل شيخنا فأشار الى ان مرجع الضمير في قوله وهو الحفظ هو اسم مصدر التوكيل الذي هو الوكالة (قوله ومنه الوكيل في اسمائه) أي من كون الوكالة بمعنى الحفظ الوكيل في اسمائه الخ كذا ذكره شيخنا (قوله ومنه التوكيل) أي من كون تركيب الوكالة يدل على معنى الخ شيخنا (قوله وسمي الوكيل به) أي سمي الوكيل وكيلا لان الموكل الخ (قوله وكل الخ) بفتح الكاف المخففة شيخنا (قوله لانه موكل اليه الامر) صوابه موكول كما في العناية والصحاح والمغرب ووجهه ان اسم المفعول من فعل كنصر ووكل على وزن مفعول ومن افعل مفعل وفي بعض النسخ يوكل وعليه فلا اشكال شيخنا (قوله صح التوكيل) بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وكان البعث منهم بطريق الوكالة ووكل عليه السلام حكيم بن حزام بشراء أضحية وهو عام وخاص فالثاني ظاهر والاول نحو ان يقول ما صنعت من شيء فهو جائز فانه يملك جميع أنواع التصرفات حتى الطلاق قال الصدر الشهيد وبه يفتى واختار أبو الليث انه لو طلق او وقف لم يجز كذا في الولوالجية وقدمنا فتوى قاضيخان انه يختص بالمعاملات بحر وفي الشرنبلالية عن قاضيخان لو قال أنت وكيلي في كل شيء جائز امرك يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية واختلفوا في الاعتاق والطلاق والوقف قال بعضهم يملك ذلك لاطلاق لفظ التعميم وقال بعضهم لا يملك الا اذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث ثم نقل عن الناطفي ما لفظه وعن أبي حنيفة انه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والاعتاق قال وعليه الفتوى وهذا قريب مما اختاره الفقيه أبو الليث انتهى وقال في الاشباه الوكيل ان كانت وكالته عامة ملك كل شيء الا الطلاق ازوجة وعتق العبد ووقف البيت انتهى وفي حاشية الاشباه للحموي ينبغي ان لا يملك الابراء والحط عن المديون لانهما من قبيل التبرع الخ وقوله صح التوكيل اطلقه فشمل الاب والوصي في مال الصبي فلهما ان يوكلا بكل ما يفعلانه لكن يرد عليه العبد المأذون له بتزويج نفسه لا يملك التوكيل به مع انه يملكه بنفسه والجواب انه بمنزلة الوكيل عن سيده وان كان عاملا لنفسه والوكيل لا يوكل الا باذن او تعميم ويرد عليه أيضا الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل كما في الزيلعي ووجهه ان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد أي عقد القرض وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه شيخنا والضمير في لانه من قوله والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير يرجع للمقبوض قال العيني قلت لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة يكون القرض للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز انتهى وقوله لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة الخ بان يقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز انتهى وقوله لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة الخ بان يقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للآمر لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه قال شيخنا وهذا جواب بتسليم انه لا يجوز التوكيل بالاستقراض ولنا جواب بمنع عدم صحة التوكيل بالاستقراض هو ان الوكيل

بالاستقراض

على سبيل الاعانة في المعاملات ثم هي
بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو
الحفظ ومنه الوكيل في أسمائه تعالى
بمعنى الحافظ ومنه قالوا اذا قال وكلتك
بمالي انه يملك الحفظ فقط ويكون
فعيلا بمعنى فاعل والتركيب
يدل على معنى الاعتماد والتفويض
ومنه التوكل يقال على الله توكلنا
أي فوضنا أمورنا اليه فالتوكيل
تفويض التصرف الى الغير وسمي
الوكيل به لانه موكل اليه الامر
أي مفوض اليه اعتمادا عليه والوكيل
القائم بما فوض اليه فيكون فعيلا
بمعنى مفعول لانه يوكل اليه الامر (صح
التوكيل

بالاستقراض ان أضافه الى الموكل كان للموكل والا كان للوكيل كما في البحر عن الخانية ويصح التوكيل بالاقراض وبقبض القرض بان يقول لرجل أقرضني ثم يوكل رجلا بقبضه يصح كما في البحر عن القنية (قوله وهو اقامة الغير الخ) والرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف كما في الدرر وفي البحر فان قلت ما الفرق بين التوكيل والارسال فان الاذن والامر توكيل قلت الرسول ان يقول أرسلتك او كن رسولا عني في كذا وقد جعل منه الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وفي النهاية فاده التوكيل وهو الموافق لما في البدائع اذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا الخ (قوله في التصرف) أي الجائز المعلوم حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت أدنى التصرفات وهو الحفظ كما اذا قال وكلتك بمالي بحر (قوله فلا يصح توكيل الصبي الذي لا يعقل) مطلقا أما الذي يعقل فيصح منه التوكيل بالنافع كقبول الهبة أما الضار كعتق وطلاق وتبرع فلا يصح وما تردد بين النفع والضرر كبيع يصح ان كان أذن له في التجارة والا توقف على اجازة وليه واعلم ان توكيل المرتد موقوف اذا اسلم نفذ وان هلك بطل عنده وقالا نافذ حموي ولا يصح توكيل عبد محجور وصح لو مأذونا او مكاتبا تنوير (قوله ممن يعقل العقد) بان يعرف ان الشراء جالب والبيع سالب ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل عيني قال شيخنا وفيه ان الكلام في صحة التوكيل لا في صحة بيع الوكيل وسيأتي ان الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالغبن الفاحش فلا حاجة الى اشتراط معرفة الغبن الفاحش من اليسير ولهذا ترك هذا التفسير المصنف كما في البحر وسبقه يعقوب باشا (قوله بكل ما يعقده الخ) بيان لضابط الموكل فيه وليس حدا فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي والذمي لا يوكل مسلما ببيع خمره وهو يملكه بحر قال ولو قال المصنف بكل ما يباشره لكان اولى ليشمل العقد وغيره الخ أي ليشمل مالو وكله بالخصومة ونحوها كالقبض مما لا عقد فيه (قوله بنفسه) أي لنفسه فلا يرد ان الوكيل يعقده بنفسه ولا يوكل لكن يرد عليه ان الاب والجد يملكان شراء مال ولدهما الصغير ولا يملكان التوكيل به كما في البحر عن السراج وفي التبيين قبيل الغصب انه يصح فلا يرد قال شيخنا ثم ظهر لي تسليم الورود وانه لا مخالفة بين ما في السراج والتبيين وذلك ان ما في السراج من انه لا يملك مال ولده بالتوكيل بشرائه أي قصدا وما في التبيين انما يملكه لكونه في ضمن التوكيل بدفعه فيملك الشراء ممن وكله بالبيع انتهى بان قال الاب لشخص وكلتك ببيع عبد ابني مني (قوله قيل هذا على قولهما) اسم الاشارة عائد الى ما ذكره بقوله ممن يملكه (قوله حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي الخ) والتوكيل ببيع الآبق فانه صحيح ولا يملكه سيده (قوله وقيل المراد به الخ) يعني حينئذ يكون المصنف جاريا على قول الكل حموي (قوله أي الدعوى) في اقتصار الشارح على تفسير الخصومة بالدعوى قصور لانه يوهم قصر التوكيل بالخصومة على ما اذا كان من طرف الطالب فلو أبقى المتن على اطلاقه متناولا لما اذا كان التوكيل من طرف الطالب او المطلوب لكان اولى ولهذا فسر الخصومة في الجوهرة بقوله وهي الدعوى الصحيحة او الجواب الصريح وفي منية المفتي ولو وكله بالخصومة له لا عليه فله اثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع واذا ثبت الحق على الموكل لم يلزمه ولا يحبس عليه ولو كان وكيلا عاما لانها لم تنتظم الامر بالاداء ولا الضمان بحر عن الخزانة ولا يقبل من الوكيل بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لانه قضاء في مختلف فيه بحر أيضا عن القنية (قوله في الحقوق) ولو حدا أو قصاصا أي ولو كان الحق الموكل فيه اثبات حد او قصاص حموي قال شيخنا رحمه الله وفي اطلاقه مؤاخذة اذ قد ذكر في التبيين ان التوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا انتهى وعبارته ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا اقامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه ثم قال والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله به انتهى ثم رأيت بخط شيخنا عن فتاوى قاضيخان

وقدرته تامة ... ومقام نفسه في التصرف (فلا يصح توكيل الصبي والمجنون) اذا كان ممن يملكه) ... ممن يعقل العقد ولو صبيا أي ممن يعقل ... (الوكيل) ... أي صح التوكيل (أو عبدا محجورا) (بكل ما يعقده بنفسه) كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والطلاق والهبة والاستعارة والخلع والصلح ... وكلها ... دليل هذا على أن يكون التوكيل ... أبي حنيفة فالشرط أن يكون الوكيل ... فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط ... حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي شراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ... وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض ... وهو أصح ... (و) صح التوكيل (بالخصومة) أي الدعوى والجواب (في الحقوق)

ماسه رجل وكل رجلا باثبات السرقة ان كان الوكيل يريد القطع كان باطلا وان كان يريد المال فهو مقبول وهو كما لو طلب المسروق منه ان يحلف السارق يقول له القاضي تريد المال او القطع ان قال أريد المال حلفه وان قال أريد القطع لا يحلفه الخ (قوله برضى الخصم) طالبا ومطلوبا ولو رضى فله الرجوع مالم يسمع القاضي الدعوى بحر (قوله يلزم منه التوكيل بلا رضاه) أي يكون التوكيل من المريض الذى حاله ماذكر لازما بدون رضى الخصم حموى وفيه ايماء الى ماسيأتى فى كلام الشارح من ان الصحيح ان الخلاف فى اللزوم ووجه لزوم التوكيل بلا توقف على رضى الخصم اذا وجد عذر من مرض ونحوه ان جواب خصمه حينئذ غير مستحق عليه (قوله وان كان لا يزيده الركوب مرضا) فى الاصح كذا فى الشمنى وهو مخالف لما فى البزازية حيث قال أو يزيد مرضه لو ركب فى الصحيح ووجه المخالفة ماذكره السيد الحموى حيث قال وظاهره انه لو لم يزد مرضه بالركوب لا يصح توكيله قلت هذا الظاهر انما يتم ان لو كان المراد بالصحيح ماقابل الفاسد ولا يتعين اذ يحتمل ان يراد به ماقابل الاصح وعليه فلا تخالف الا ترى الى ماذكره فى العناية فى بحث الاختلاف بين الرازى والكرخى فيما اذا اختلف الزوجان فى المهر فانهما لا يتحالفان عند الرازى الا فى وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وعند الكرخى يتحالفان فى الوجوه كلها أى فيما اذا شهد مهر المثل له او لها ولم يشهد لواحد منهما واختلف شراح الهداية فى الترجيح ففى النهاية ذكر ان قول الرازى اصح وغيره من الشارحين ذكر ان قول الكرخى هو الصحيح فقال فى العناية ان أرادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون أصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ماقاله فى النهاية الخ (قوله وعندهما يصح الخ) لانه تصرف فى خالص حقه لتوكيله بالقبض وله ان الجواب مستحق عليه والناس تتفاوت فى الخصومة فلو قلنا بلزومه بلا رضاه لتضرر فتوقف عليه (تتمة) قال عبد الله بن جعفر كان على لا يحضر الخصومة وكان اذا خوصم فى شئ وكل عقيلا قال فى النهاية وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكى ان عليا استقبله يوما ومعه عنزله فقال على على سبيل الدعابة احد الثلاثة احمق فقال عقيل أما انا وعنزى فعاقلان اه شيخنا (قوله أو غائبا مدة السفر) ومن الاعذار ان لا يكون للموكل قدرة على البيان فى الخصومة بنفسه فان القاضى يقبل منه التوكيل كما فى الخانية يعنى ولا يتوقف على رضى خصمه واعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى اشتراط رضا الخصم وعدمه مقيد بما اذا لم يكن الموكل حاضرا مجلس القضاء كما فى الخانية وعبارتها ثم انما لا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم عند أبى حنيفة لمن لا عذر به اذا لم يكن الموكل حاضرا مجلس القضاء مع الوكيل انتهى (قوله أو مريدا للسفر) ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم فى المسجد زيلعى وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير وأما حيض الطالبة فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض بحر عن خزانة المفتين ومن الاعذار أيضا الحبس اذا كان من غير القاضى الذى ترافعوا اليه واعلم ان ارادة السفر امر مبطن فلابد من تصديق الخصم أو تحليف القاضى أو ينظر القاضى الى عدته أو يسال من رفقائه أو يفحص عن حاله فى السر حموى عن المفتاح (قوله أو مخدرة) فيه اشارة الى ان الطالب ليس له مخاصمة زوجها ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها بحر عن خزانة المفتين (قوله أى صح لها التوكيل بغير رضا الخصم مطلقا) أى سواء كانت المخدرة معذورة باحد الاعذار المتقدمة وهى المرض والسفر ونحوهما ام لم تكن فقول السيد الحموى ليس فى كلامه تفصيل سابق ولا لاحق يقابله هذا الاطلاق غير مسلم ولو اختلفا فى كونها مخدرة فان كانت من بنات الاشراف فالقول لها بكرا او ثيبا لانه الظاهر من حالها وفى الاوساط القول قولها لو بكرا وفى الاسافل لا يقبل قولها فى الوجهين والخروج للحاجة لا يقدح فيه مالم يكثر بان تخرج لغير حاجة بحر عن البزازية (قوله وهى التى لا يراها الخ) مأخوذة لغة من الخدر بكسر الخاء ستر يعد للجارية فى ناحية البيت والتخدير لزوم البنت الخدر حموى ومعنى المخدرة عرفا ماذكره الشارح (قوله بعث القاضى امينا الخ) فى البحر عن خزانة المفتين يبعث اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم

برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا) بحيث لا يستطيع ان يمشى على قدميه الى مجلس القضاء ولو امكن ركوب الدابة والحمل على ايدى الناس يلزم منه التوكيل بلا رضاه وان كان لا يزيده الركوب مرضا فى الاصح هذا عند ابى حنيفة وعندهما يصح بغير رضى الخصم وهو قول الشافعى ثم قيل الخلاف فى الصحة والصحيح ان الخلاف فى اللزوم وفى النهاية الصحيح قولهما والتعريف على القاضى الالزام بغير رضاه (أو غائبا مدة السفر أو مريدا للسفر) ولو قال بانه يحتال ولا يريد السفر قيل يحلفه القاضى وهو اختيار الخصاف وقيل لا يحلفه بل ينظر الى حاله فان كان عليه عدة السفر يلزمه التوكيل والا لا (أو مخدرة) أى صح لها التوكيل بلا رضى الخصم مطلقا وهى التى لا يراها غير المحارم من الرجال ولم تجر عادتها بالبروز وحضور مجالس الحكام فاذا توجه اليمين عليها أو على المريض بعث القاضى امينا فاذا عرض فابت ان يعرض عليها اليمين الى ان تخاف ...

أو بكر

وشهد الآخران على حلفها أو نكولها انتهى (قوله فاذا نكلت أمرها ان توكل الخ) ينظر ما الداعى الى أمرها ان توكل وكيلا آخر مع بقاء وكالة الوكيل الاول حموى (قوله وبايفائها) فلو وكل بقضاء الدين فزعم الوكيل قضاءه وصدقه الموكل فلما طالبه وكيله قال الموكل اخاف ان يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلى ويأخذه منى ثانيا لا يلتفت الى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله فاذا حضر الدائن وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه اليه وان كان صدقه فى القضاء بحر قال العلامة الحموى نقلا عن المقدسى هذا اذا قال أخاف ان ينكر الدائن القبض فلو قال الدائن انكر القبض وطالبنى هل يكون كما لو قال أخاف أو يتوقف ينبغى انه ان برهن على انكاره يرجع والا فلا لان الوكيل بمر أبجعله كما ذكره فى الكافى انتهى (قوله واستيفائها) ومنه الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله فى قبضه وضياعه ودفعه الى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف اقراره بقبض الطالب ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مديون الموكل ولا يملك الوكيل بقبض الدين الابراء والهبة والاخذ الرهن وقبول الحوالة وبأخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث صح الكفيل ولا ينعزل بموت المطلوب بل بموت الطالب والحاصل ان الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن فى مسائل فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشترى صحت ولو كفل الوكيل بالبيع لم يصح وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما فى شهادات البزازية بخلاف الوكيل بالبيع ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعدما دفع الثمن للموكل فللمشترى مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن فانه لا مطالبة عليه كما فى القنية (تتمة) زعم الوكيل بقبض الدين انه قبضه وسلمه للطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة بحر وقال فى الاشباه كل أمين ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية انتهى واقول تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بان دعوى الوكيل الايصال تقبل لبراءته بكل حال وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما اذا ادعى الوكيل حال حياة موكله وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم الا ببينة أو تصديق الورثة الخ ما ذكره فى الرسالة المسماة بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل (قوله أى صح التوكيل) باستيفائها الا فى حد وقود ظاهره قصر المستثنى منه على الاستيفاء وهو ظاهر كلام الزيلعى وصريح كلام العينى حيث قال وهو استثناء من قوله واستيفائها لا من قوله وصح التوكيل لان التوكيل باثباتهما جائز ولكن لا يجوز استيفاؤهما ان غاب الموكل ووجه العدول عن ما هو الظاهر من كون الاستثناء من كل من الايفاء والاستيفاء ان الايفاء تسليم ظهر القاذف وتسليم نفس الجانى وهذا لا يتصور الوكالة فيه كما نقله السيد الحموى عن شرح النقاية آخرا لكن نقل اولا عن شرح الطحاوى ما يخالف ذلك وان الاستثناء من كل منهما لكن فى الايفاء على اطلاقه وفى الاستيفاء ان غاب الموكل عن المجلس أما اذا كان حاضرا وأمر باستيفائه فانه يجوز انتهى واعلم ان ظاهر ما سبق عن العينى صحة التوكيل باثبات الحد مطلقا وليس كذلك كما قدمناه وقدمنا ان ما ذكره الزيلعى من صحة التوكيل باثبات حد السرقة مخالف لما قدمناه عن قاضى خان اللهم الا ان يحمل كلام الزيلعى على ما اذا كان الموكل لا يريد القطع بالمال واعلم ان جواز التوكيل باثبات حد القذف مذهب الامام ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه لان فيه شبهة عدم الامر به وغير خاف ان قصر الاستثناء على الحد والقود يشعر بصحة التوكيل باثبات التعزير وبه صرح القهستانى عن شرح الطحاوى (قوله ان غاب الموكل) بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لعدم تمكن شبهة العفو (قوله وقال الشافعى) يستوفى القصاص لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه

فاذا نكلت أمرها بنا ان توكل بلا حضرتها [illegible] الى القاضي و[illegible] يشهدان على [illegible] القاضي [illegible] ويحكم [illegible] ما وجب [illegible] بالنكول [illegible] والنوب [illegible] العيسى [illegible] من الخصم [illegible] القاضي [illegible] من ذلك ويقبل اباء التوكيل لا يمكنه من غير رضاه التوكيل من الموكل الا ضرر وان [illegible] الموكل التصد الى لصاحبه فى الوكيل لا يقبل منه الوكيل الا برضى صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى (و) صح التوكيل (بايفائها) أى باداء الحقوق (واستيفائها) كقبض الحقوق (الا فى حد وقود) أن صح التوكيل باستيفائها الا فى حد وقود (ان غاب الموكل) وقال الشافعى يستوفى القصاص فى حال غيبة الموكل (والحقوق) الكائنة

بخلاف غيبة الشهود لان رجوعهم نادر بقي ان يقال ما جعله الشارح والزيلعي قولا للشافعي نسبه العيني للائمة الثلاثة ونصه وعند الثلاثة يصح في القعود وان غاب الموكل الا رواية عن أحمد وقولا عن الشافعي انتهى (قوله فيما يضيفه الخ) أي لابد من اضافته اليه لينفذ على الموكل وليس المراد ظاهر العبارة من انه قد يضيفه وقد لا يضيفه فان اضافه الى نفسه تتعلق بالوكيل وان اضافه الى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن الملك في شرح المجمع لما في الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء الى مالكه فقال أتبيع هذا العبد من المرسل فباعه من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لانه خالف حيث امره ان لا ترجع اليه العهدة وقد رجعت والصحيح ان الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على اجازة الموكل بحر بتصرف قال العلامة المقدسي عبارة ابن الملك اذ اضاف العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل لا بالوكيل انتهى فربما انه صار كالرسول وليس مراده انه وكيل تتعلق الحقوق بموكله حتى يفهم منه ان الوكيل بالبيع قسمان بل الوكيل ظاهرا اما ان يضيف لموكله فالحقوق تتعلق بالموكل واما الوكيل حقيقة وحكما فالحقوق تتعلق به ولا ينافي ذلك ما في البزازية ثم قال لم يذكر انه بعد ان كان فضوليا ترجع الحقوق اليه ام لا وقالوا الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فمقتضاه لزوم العهدة على الفضولي وهو ينافي ما سبق حموي بتصرف أي ينافي قوله في البحر والصحيح ان الوكيل يصير فضوليا فيتوقف العقد على اجازة الموكل لان المتبادر منه انه اذا أجاز عقده رجعت العهدة الى الموكل ثم قال أي المقدسي وقد يفرق بين هذا وبين الفضولي ابتداء فانه لما أمر غيره ان يباشر عقد الوكالة دل على عدم رضاه بلحوق العهدة بخلاف الفضولي ابتداء فانه رضي اذا أجاز عقده ان تلحقه العهدة انتهى وأقول ما أجاب به المقدسي عن ابن ملك يتضمن تسليم ما ذكره في البحر وتبعه في التنوير من ان الوكيل يعني في الشراء ونحوه لابد وان يضيف العقد الى نفسه لكن في الدرر نقل كلام ابن ملك وأقر بحفظه وأيده بقول ابن الكمال يكتفي بالاضافة الى نفسه ورد على التنوير بقوله بقوله لابد فيه ما فيه انتهى ووجه التأييد تعبير ابن الكمال بيكتفي فهو صريح في ان اضافة العقد الى نفسه ليس بلازم خلافا لمن عبر بلابد وحينئذ يتجه ما ذكره ابن ملك ويسقط ما اعترض به في البحر عليه وما في الخلاصة والبزازية لا ينافي جواز الاضافة الى كل منهما وان كان اللزوم على الموكل فيما اذا لم يضف الوكيل العقد الى نفسه بان اضافه الى الموكل يتوقف على صدور الاجازة منه ثم رأيت في الزيلعي من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم اضافة الوكيل في الشراء ونحوه العقد الى نفسه حيث ذكر في شرح قول المصنف ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه ما نصه بخلاف ما لو وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له ان يتزوجها لان النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا فهذا من الزيلعي صريح فيما ذكره ابن الملك واعلم ان قول الزيلعي وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق الخ صريح في ان الوكيل اذا اضاف العقد الى الموكل لا يكون مخالفا ويلزمه العقد ولا يتوقف على اجازته خلافا لما سبق عن الخلاصة والبزازية (قوله تتعلق بالوكيل) بخلاف الرسول لانه يضيف العقد الى مرسله وبخلاف النكاح لانه لابد فيه من ذكر الموكل واسناد العقد اليه عيني ولو اختلفا في كون المشتري رسولا أو وكيلا فالقول للمشتري والبينة على البائع بحر وفيه عن البزازية مات الوكيل عن وصي تنتقل الحقوق الى وصيه وان لم يكن له وصي نصب الحاكم وصيا وقيل تنتقل الى موكله ولو وكل بغير اذن وتعميم فباع بحضرة الوكيل الاول جاز والعهدة على الوكيل الثاني بحر نقلا عن الخلاصة (قوله ان لم يكن محجورا) عبدا كان المحجور او صبيا فاذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق الحقوق بالموكل اذ لا يصح من المحجور التزام العهدة لقصور اهليته ولحق مولى العبد كما في الرسول والقاضي وأمينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه وقوله ان لم يكن محجورا يشير الى ان العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة وظاهر كلام المصنف

ان

(فيما يضيفه) الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا لا بالموكل

ان العهدة على المأذون مطلقا وفصل فى الذخيرة بين ان يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أو مؤجل و بين ان يكون وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل فهو على الموكل لانه فى معنى الكفالة وان كان بثمن حال فهو على الوكيل لكونه ضمان ثمن حموى وفيه ايماء الى ما بسطه الزيلعى من الفرق وفى البحر ما نقله الزيلعى عن الايضاح اذا أمره ان يشترى بالنقد جاز والعهدة عليه وان أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الآمر مخالف لما فى الذخيرة (قوله وقال الشافعى تتعلق بالموكل) وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تبع للحكم والوكيل ليس باصل فيه فلا يكون اصلا فيها فصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل أصل فى العقد بدليل استغنائه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى وانما جعل نائبا فى الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصود الموكل ولا ضرورة فى حق الحقوق ولان العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق اليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل معلسا ومن لا يقدر على مطالبته عينى وزيلعى (قوله كتسليم المبيع) قبض الوكيل الثمن اولا ولو نهاه عن تسليمه حتى يقبضه كان باطلا كما فى القنية وقيده فى البزازية بما اذا كان المبيع فى يد الوكيل فلو فى يد الموكل وأبى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك أما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبض الثمن من المشترى ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التى قبضت منك ولو دفع المبيع الى الدلال فضاع فى يده يضمن فى المختار كما لو قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن يضمن قال القاضى لانه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا لما مر ان النهى عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهى عن التسليم فلان لا يكون ممنوعا عن التسليم اولى وهذه المسئلة تخالف مسئلة القنية انتهى قلت مراد القاضى انه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقا فصح التعليل أيضا حموى وأقول لم يظهر لى وجه ما فى القنية من بطلان النهى عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه مع ان المصرح به ان المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا حيث كان الثمن حالا وعللوا ذلك بقولهم لتعين حق البائع فيه أما المشترى فقد تعين حقه فى المبيع بمجرد العقد لان الثمن لا يتعين بالتعيين حتى لو أضيف العقد الى دراهم معينه كان له ان ينقد غيرها فالظاهر ان ما فى القنية من بطلان النهى عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف (قوله وقبض الثمن) ويصح ابراء وكيل البيع قبل قبض الثمن وحوالته على الاملا والمماثل والادون واقالته وتأجيله عندهما ويضمن خلافا لابى يوسف ولا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف وكيل الشراء ولا يجبر على التقاضى لانه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لانهم يعملون بأجر بحر عن البزازية (قوله والرجوع الخ) شامل لمسئلتين الاولى ما اذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن ثم استحق المبيع فان المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده اوسلمه الى الموكل وهو يرجع على موكله الثانية ما اذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فانه يرجع بالثمن على البائع دون موكله بحر فان قلت فعلى هذا يكون المصدر مشتركا بين مصدر الفاعل والمفعول حموى (قوله والملك يثبت للموكل) جواب عن سؤال مقدر تقديره اذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة الى الوكيل ينبغى ان يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة لان شراء القريب اعتاق فأجاب عنه بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء أى فى ابتداء الامر خلافة عنه يعنى ان الوكيل أصل فى حق العقد لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد فكان المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهبه عبده او اصطاده خلافة عنه فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه قال العينى وهذه طريقة أبى طاهر الدباس وقال فى البحر انه الاصح (قوله وقال ابو الحسن الكرخى الخ) قال العينى وعلى طريقة الكرخى لا يعتق أيضا لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر وكذا لا يفسد نكاحه اذا اشترى زوجته بالوكالة فلا ثمرة لهذا الاختلاف لان الموجب للملك والفساد الملك المتقرر ولهذا اذا اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه ويفسد نكاحه اذا اشترى زوجة موكله (قوله وفيما يضيفه الى الموكل الخ) يعنى لا يستغنى عن اضافته الى موكله

وقال الشافعى تتعلق بالموكل قوله [illegible] (كتسليم
والحقوق [illegible] هذا اذا باع
المبيع) وهذا اذا اشترى
(وقبضه) [illegible]
(وقبض الثمن) [illegible] (والرجوع
بالاستحقاق والخصومة فى العيب) [illegible]
والملك يثبت للموكل [illegible]
[illegible] (حتى لا يعتق قريب
الوكيل [illegible]) وقال [illegible]
الكرخى الملك يثبت للوكيل
أولا ثم ينتقل الى الموكل
(و) فيما يضيفه الى الموكل
[illegible]

حتى لو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وفي البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق اذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال ان فلانا أمرني ان أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل ولو أخرج الوكيل الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه الى نفسه صح الا في النكاح اذا كان الوكيل به من طرف الزوج لان ذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان وكيلا بالنكاح من جانبها وأخرج الكلام مخرج الوكالة لا يصير مخالفا الاضافة الى المرأة معنى لان صحة النكاح بملك البضع ودلالة فكانه قال ملكتك بضع موكلتي وكذا في الطلاق والعتاق الاضافة الى الموكل معنى لانه بناء على ملك الرقبة وملك الوكيل دعلى هذا معنى الاضافة الى الموكل مختلف ففي وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه وذكر في القنية قوله اذا قال وكيل الطلاق أنت طالق مني يجوز وليس المراد ان الطلاق والعتاق يقع بمجرد قوله ان فلانا أمرني ان أطلق او اعتق بل لا بد من الايقاع مضافا الى موكله فمعناه أخرج الكلام مخرج الرسالة واما نفسه اذا أخرج الكلام مخرج الوكالة (قوله كالنكاح) كذا العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والتوكيل بالقبض وما ذكره في البحر هنا عن الهداية من ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه اي مخالف لما قدمناه عنه معزيا للخانية من ان الوكيل بالاستقراض ان أضافه الى الموكل كان للموكل والا كان للوكيل انتهى (قوله والصلح عن انكار) قال الشيخ باكير فيه نظر فانه لا فرق في الصلح بين ان يكون عن اقرار أو انكار في الاضافة فان زيدا اذا ادعى على عمرو ووكل عمرو وكيلا على ان يصالح على مائة فاذا قال زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة وقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار الا انه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق الى الوكيل كما في البيع فتسلم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا ترجع اليه الحقوق حموي قلت هذا الذي ذكره الشيخ باكير هو عبارة صدر الشريعة وهو اعترض به في الدرر رده عزمي زاده (قوله تتعلق بالموكل) فوكيلها بالنكاح لا يلي قبض مهرها وبالخلع لا يلي قبض البدل ويسمع صهاية مهرها وتخير بين مطالبته او الزوج كما في البحر واعا تعلقت الحقوق في هذه الاشياء بالموكل لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص ويتوقف حكمه لغيره فكان سفيرا ليقترن الحكم بالسبب بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل كما في البيع بخيار (قوله وللمشتري منع الموكل عن الثمن) لان الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا ولهذا لو حلف المشتري من الوكيل انه لا شيء للموكل عليه كان بارا ولو حلف انه لا شيء عليه للوكيل كان حانثا (قوله يجوز للمشتري ان يمنع الثمن اياه ولا يدفعه اليه الا بتوكيل من جهة بائعه) وحينئذ لا يقدر على المنع عزمي عن مجمع الفتاوى (قوله ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لوصول الثمن الى مستحقه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد ولو كان له دين عليهما يقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وقال أبو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه الدفع للوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله فكان الدفع اليه تضييعا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف تعلق بالقبض قبل الافتراق وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقدين عيني وزيلعي

كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار فتتعلق بالموكل فلا يطالب وكيلها بالمهر (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) يعني اذا باع الوكيل فللمشتري ان يمنع الثمن اياه ويطالب الموكل بالبيع ثم يجوز للمشتري أن يمنع الثمن اياه (وان دفعه اليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) أي المشتري

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

الاصل فيها انها ان عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وان لم يبين الثمن وان فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت سواء بين الثمن أو لم يبين وان متوسطة كعبد فان بين الثمن أو النوع كتركي صحت والا لا در وزيلعي (قوله انما قدم التوكيل بالشراء على التوكيل بالبيع الخ) لقائل أن يقول كما ان الشراء جالب للملك أي ملك المبيع كذلك البيع جالب لملك الثمن الا ان يقال ان جالب المبيع أقوى من جالب الثمن لان الاصل في باب البيع المبيع حموي (قوله لان الشراء جالب للملك الخ) أولان الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع لا يتحقق الا في الموجود كما في البحر يعني الشراء تارة يكون بالموجود الذي هو النقد وتارة يكون بالمعدوم وهو النسيئة بخلاف البيع فانه انما يتحقق في الموجود للنهي عن بيع المعدوم واعلم ان الوكيل بالشراء اذا اشترى نسيئة فحل بموته لا يحل على الآمر كما في منية المفتي (قوله هروي) منسوب الى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان عيني (قوله صح سمى ثمنا أولا) لانه لم يبق الا جهالة الصفة وهي متحملة فيها لان مبناها على التوسعة لكونها استعانة وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع بحر واعلم ان الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه وان لم يدفع اليه الموكل كما في منية المفتي وهو مستفاد مما سبق لان المطالبة بالثمن من جملة حقوق العقد وقد تعلقت بالعاقد وهو الوكيل (قوله لان البيع مقدم عليه) فيه ان الانسان يشتري الشيء أولا ثم يبيعه حموي (قوله ثم اذا اشترى بمثل قيمته الخ) وهذا باتفاق الامام بخلاف الوكيل بالبيع حيث كان له البيع بما قل وكثر عنده خلافا لهما وسيأتي (قوله صح ان سمى ثمنا) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما سواء كان الثمن يخصص نوعا أولا ولو بين النوع كعبد حبشي أو رومي صح وان لم يسم ثمنا فلو قال ان سمى ثمنا أو بين نوعا لكان أولى وجعل المصنف الدار كالعبد مخالف لما في فتاويه حيث جعلها كالثوب (قوله وبشراء ثوب أو دابة الخ) للجهالة الفاحشة واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له معراج ولو وكله بشراء ثياب صح وبشراء أثواب لا لان ثيابا يراد به الجنس مفوضا الى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة بخلاف أثواب خلافا لما في البحر مقدسي ولو وكله بشراء أي ثوب صح بزازية واعلم ان ما ذكره المقدسي من المناقشة مع صاحب البحر ليست من حيث التسوية في الحكم بين ثياب وأثواب لتصريحه في البحر بالفرق بينهما بل من حيث انه عكس الحكم فيهما حموي (قوله يقع على البر ودقيقه) ان بين قدره ودفع ثمنه والا لم يجز على الآمر كما سيأتي في كلام الشارح وفي الوصية بطعام يدخل كل مطعوم ولو دواء به حلاوة كسكنجبين تنوير وشرحه (قوله مطلقا) هذا الاطلاق في مقابلة ما سيأتي من قوله وقيل ان كثرت الدراهم الخ (قوله والقياس ان يقع على كل مطعوم) لانه اسم له وبه قالت الثلاثة وقول العيني وعليه الفتوى قال الصدر الشهيد ليس مرتبا على ما قبله وفي كلامه حذف ذكره الزيلعي بقوله وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ما ينصرف الى ما يمكن أكله يعني المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى هذا ما ظهر لي وقت المطالعة ثم رأيت الموافقة عليه للمرحوم الشيخ شاهين رحمه الله تعالى بقي ان يقال ما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وغيره كصاحب الذخيرة رحمه الله تعالى من ان الفتوى على ما ذكره بعض مشايخ ما وراء النهر مخالف لعرف القاهرة فان الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم بحر (قوله وقيل ان كثرت الخ) والفارق العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد الخبز بأن كان عنده وليمة جاز له ان يشتري الخبز زيلعي وفي الدرر وفي متخذ الوليمة يقع على الخبز مطلقا يعني قلت الدراهم أو كثرت لدلالة الحال انتهى (قوله وللوكيل الرد بالعيب) ولو بغير اذن لانه من حقوق العقد وكلها اليه ولوارثه او وصيه بعد موته فان لم يكونا فللموكل وكذا الوكيل بالبيع ولو رضي بالعيب لزمه ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء لزم الوكيل وقيل ان يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل واشار المصنف الى ان الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشتري بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا

انما قدم التوكيل بالشراء على التوكيل بالبيع لان الشراء جالب للملك والبيع سالب له والجالب أقوى من السالب فقال (أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمنا أولا) وأخر العنوان لان البيع مقدم عليه ثم اذا اشترى بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه نفذ على الموكل وان اشتراه بغبن فاحش نفذ على الوكيل (و) أمره (بشراء عبد أو دار صح ان سمى ثمنا والا) أي وان لم يسم (لا) أي لا يصح (و) أمره (بشراء ثوب أو دابة) لا يصح الامر (وان سمى ثمنا) وأمره (بشراء طعام يقع على البر ودقيقه) مطلقا والقياس أن يقع على كل مطعوم وقيل ان كثرت الدراهم فعلى البر وان قلت فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والقلة مثل الدرهم الى ثلاثة والوسط مثل أربعة الى خمسة أو سبعة كذا في شرح السيد وان لم يدفع اليه شيئا وقال اشتر لي حنطة لم تجز على الآمر (وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده فلو سلمه) الوكيل (الى الآمر

من أهل لزوم العهدة فان كان محجورا برد على الموكل والى ان الموكل اجنبي في الخصومة بالعيب فلو اقر به الموكل وانكره الوكيل لم يلزمهما شيء بخلاف عكسه فانه يلزم الوكيل لا الموكل الا ان يكون عيبا لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وان امكن حدوث مثله في المدة لا يرده على الموكل الا ببرهان والا يحلفه فان نكل رده والا لزم الوكيل بحر عن البزازية (قوله لا يرده الا بأمره) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه قيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباع فاسدا وسلمه وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فله ان يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع بحر عن القنية (قوله وحبس المبيع) لانه كالبائع هذا اذا كان الثمن حالا فان اشتراه بثمن مؤجل تأجل في حق الموكل أيضا بخلاف ما اذا اشتراه بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل ان يطالبه به حالا وهي الحيلة بحر عن الخلاصة ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لانه حط درعن البحر (قوله لثمن دفعه من ماله) فمع عدم الدفع له الحبس بالاولى لانه مع الدفع ربما يتوهم انه متبرع وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآخر فقال بعت ثوبك لفلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال اقضيكه على ان يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع (تتمة) يباع عنده بضائع لناس امروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فجعل الثمن من ماله لاصحابها على ان أثمانها له اذا قبضها فافلس المشتري فللبائع ان يسترد ما دفع لاصحاب البضائع حموي (قوله ولم يسقط الثمن) لان يده كيده فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده ولو دفع اليه الفا ليشتري به فاشترى وقبل ان ينقده للبائع هلك فمن مال الآمر وان اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن عند الوكيل يهلك من مال الوكيل بحر عن البزازية وفيه عن الجامع الصغير وكله به ودفع الفا فاشترى ولم ينقد رجع به مرة فان دفع وهلك ثانيا لا يرجع أخرى والمضارب مرارا والكل رأس المال انتهى (قوله وان هلك بعد حبسه الخ) قيد بالهلاك لانه لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن لانه وصف والاوصاف لا يقابلها شيء لكن يخير الموكل ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه بحر عن زيادات قاضيخان (قوله فهو كالمبيع عندهما) لان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل وكان حبسه لاجل استيفاء الثمن فيسقط الثمن بهلاكه عيني (قوله قلت قيمة أو كثرت) فلا رجوع لاحدهما على الآخر بشيء (قوله كهلاك الرهن) لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبسه وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع كما اذا رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل زيلعي (قوله حتى لو كان فيه وفاء بالثمن الخ) بأن كانت قيمته قدر الثمن او اكثر ولا رجوع للموكل على الوكيل بما زاد من القيمة على الثمن لكونها امانة (قوله والا يرجع بالفضل) أي ان لم يكن فيه وفاء بالثمن بان كان الثمن اكثر من القيمة رجع الوكيل على الموكل بما زاد من الثمن (قوله كهلاك الغصب) لانه ليس له الحبس عنده بالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة من صاحبها (قوله فعليه ضمان مثله) يعني ان كان مثليا فان كان قيميا ضمن قيمته (قوله وتعتبر مفارقة الوكيل الخ) بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول غير قبض العاقد فلا يجوز عيني واستفيد صحة التوكيل فيهما در (قوله بطل العقد لوجود الافتراق عن غير قبض اذ المستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ولو صبيا او عبدا محجورا عليه زيلعي (قوله كذا في النهاية) قال في البحر وما في النهاية ضعيف لكون الوكيل اصيلا في الحقوق مطلقا وفي الزيلعي بعد ان نقل كلام النهاية قال هذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكره بعده باسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين

في المجلس

لا يرده الا بأمره) وللوكيل (حبس المبيع لثمن دفعه من ماله فلو هلك) أي المبيع (في يده قبل حبسه) هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) عن الموكل فيرجع الوكيل عليه (وان هلك) المبيع في يده (بعد حبسه) لاستيفاء الثمن (فهو كالمبيع) عندهما أي يكون مضمونا بالثمن قلت قيمته أو كثرت (وعند أبي يوسف كهلاك الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط والا يرجع بالفضل على الموكل وعند زفر كهلاك المغصوب فعليه ضمان مثله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) حتى لو فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا اذا كان الموكل غائبا عن المجلس وأما اذا كان حاضرا في مجلس العقد بصيرا كان الموكل عارفا بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا في النهاية نقلا عن خواهر زاده ولو فارق الموكل لا يبطل والمراد بالسلم الاسلام وهو أن يوكل رجلا ليسلم دراهم معدودة في كر معلوم

في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى المبسوط قال واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا انتهى ورده العيني بانه ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب انتهى وتعقبه السيد الحموي بان الوكيل نائب في اصل العقد اصيل في الحقوق وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل انتهى قلت ومما يتضح به تزييف جواب العيني ماذكره هو بنفسه عند قول المصنف فيما سبق وللمشتري منع الموكل عن الثمن من ان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا انتهى (قوله اما لو وكل المسلم اليه رجلا بقبول الثمن الخ) بخلاف الصرف فانه يصح التوكيل بقبوله شرنبلالية نعم يجوز توكيل المسلم اليه بدفع المسلم فيه بحر قوله فانه لا يجوز توكيله لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته أي ذمة الوكيل وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا زيلعي (قوله عشرة ارطال قيد بالموزون) لانه في القيمي لا ينفذ شيء على الموكل اجماعا فلو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة لا يلزم لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر بخلاف اللحم لانه موزون مقدر فيقسم الثمن على اجزائه زيلعي وبحر (قوله فاشترى عشرين) قيد بالزيادة الكثيرة لان القليلة كعشرة ارطال ونصف رطل لازمة للآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله وعندهما يلزمه العشرون) لانه خلاف الى خير كما اذا أمره ببيع عبده بألف فباعه بألفين وله انه امره بشراء عشرة ولم يأمره باكثر فينفذ الزائد عليه بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة فيه بدل ملكه زيلعي قال الحموي وهو مخالف لما ذكره في بابه ما يجوز من الاجارة وكله بالبيع بألف درهم فباعه بألف دينار لا ينفذ بيعه فليتأمل انتهى واقول سيأتي انه متى اختلف جنس الثمن بأن أمره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو الى خير (قوله نفذ الكل على الوكيل) وقع في بعض النسخ عن الوكيل وعلى هذه النسخة كتب الحموي فقال ان عن بمعنى على على حد قوله تعالى لتركبن طبقا عن طبق انتهى ووجه نفاذ الكل على الوكيل وجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قاضي زاده (قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه الخ) بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا بان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع انه وكله بشراء شيء بعينه وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن او قدره كان مثله زيلعي ثم قال ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى ان لا يملك الشراء لغيره انتهى فلو اضافه الى الثاني ينبغي ان يكون للثاني كما لو قبل وكالة الثاني بحضرة الاول او شراه بما عينه الثاني مخالفا للاول حموي عن المقدسي واشار بقوله شراه بما عينه الثاني مخالفا للاول الى ما في البحر عن البزازية من انه اذا وكله الاول بشرائه بألف والثاني بمائة فاشتراه بمائة فهو للثاني لانه يملك شراءه لنفسه بمائة فيملك شراءه لغيره ايضا بخلاف الفصل الاول انتهى قال الحموي واشار بالشراء الى انه لو وكله باستئجار محل معين لا يجوز له ان يستأجره لنفسه وانه لو استأجره لنفسه ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اني لم اره الآن صريحا وهو حادثة الفتوى انتهى (قوله لا يشتريه لنفسه) لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير

اما لو وكل المسلم اليه رجلا بقبول الثمن
فانه لا يجوز توكيله (ولو وكله بشراء
عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم مما يباع) أي
من لحم يباع (منه عشرة) ارطال
(بدرهم لزم الموكل من عشرة بنصف
درهم) عند أبي حنيفة وعندهما
يلزمه العشرون وقول محمد مع أبي
حنيفة في بعض النسخ وقوله مما يباع
الى آخره أي اذا كانت عشرة ارطال
من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما
وانما قيده به لانه اذا كانت عشرة ارطال
منه لا تساوي درهما نفذ الكل على
الوكيل بالاجماع (ولو وكله بشراء
شيء بعينه) اما بالاشارة او باسمه العلم
او بالاضافة الى مالكه (لا يشتريه
لنفسه) أي ليس للوكيل ان يشتريه
لنفسه

علمه لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود عيني وزيلعي وغيرهما كالعناية وغاية البيان واورد عليهم ان العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول وتبليغ الرسالة ومنها اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع او اخبار واحد عدلا كان او غيره عند ابى يوسف ومحمد وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع واشتراط علم الآخر فى فسخ احد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى ان لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب اصلا قاضى زاده (قوله ولو اشترى لنفسه) ناويا او متلفظا (قوله او بخلاف ما سمى له من الثمن) او شرى غيره بأمره بغيبته فان حضر فللآمر كذا فى الغرر (قوله بان وكله بشرائه بمائة درهم الخ) فان اشتراه باقل من المائة نفذ على الآمر لانه خلاف الى خير ومتى اختلف الجنس بان امره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو الى خير قال فى الدر الوكيل اذا خالف ان خلافا الى خير فى الجنس كبيع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ ولو بمائة دينار لا ولو خيرا خلاصة ودرر انتهى ولا فرق فى هذا بين ان يكون وكيلا بالبيع او الشراء وقوله كبيع الخ مجرد مثال لا للاحتراز عن الوكيل بالشراء كما لا يخفى (قوله وقع للوكيل) لمخالفته امره وينعزل (قوله او يشتريه بماله) يعنى اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغى ان يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر كان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضافه الى دراهم الآمر ولم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا كذا بخط الشيخ شاهين (قوله اى اضاف العقد الى مال الموكل الخ) انما أوّل كلام المصنف بما ذكر وان كان خلاف الظاهر منه لقصوره وعدم شموله لما اذا نقد الثمن من مال غيره حموى (قوله سواء نقد الثمن من ماله او من مال غيره) اشار به الى ان المراد من قول المصنف تبعا للقدورى او يشتريه بماله الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه قال صاحب الهداية وهو مطلق اى قول القدورى او يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قاله جمهور الشراح قال قاضى زاده أقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجح كون المراد بقول القدورى او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدورى فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال انتهى (قوله لانه لو أضاف العقد الى دراهم نفسه فهو له) حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم نفسه غير مستنكر شرعا وعرفا بحر (قوله فهو له) وان نوى خلافه ويصير غاصبا لدراهم الآمر ان نقد منها شيخنا (قوله وان نواها لنفسه فهو له) لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل بحر ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه زيلعى (قوله يحكم النقد اجماعا) لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه زيلعى (قوله وعند محمد هو للوكيل) وان نقد الثمن من دراهم الموكل حموى لان الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وظاهر ما فى الكتاب يعنى الكنز ترجيح قول محمد لدخوله تحت قول المصنف فالشراء للوكيل فانه لم يخرج عنه الا فى مسئلتين اذا نواه للآمر او اضافه الى ماله واليه مال الزيلعى حيث قدمه على قول أبي يوسف وعلله بقوله لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه (قوله وهذه المسئلة على ثمانية اوجه) اى هذه المسئلة أحد ثمانية اوجه قال ابن الملك واحد على الاختلاف والبواقى على الوفاق حموى

والخلافية

ولو اشترى لنفسه فهو للآمر (فلو اشتراه
بغير النقود) وأمره بالنقود (أو بخلاف
ماسمى له من الثمن) بان وكله بشرائه
بمائة درهم فاشتراه بعشرة دنانير
أو بمائة وعشرين درهما (وقع
الشراء (للوكيل وان كان بغير عينه
فالشراء للوكيل الا ان ينوى)
الوكيل (للموكل أو يشتريه بماله)
أى ان اضاف العقد الى مال الموكل
سواء نقد الثمن من ماله أو من مال
غيره وانما قيد به لانه لو اضاف العقد
الى دراهم نفسه فهو له وان أضاف
الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر
فهو كما نوى وان نواها لنفسه فهو له
وان تكاذبا فى النية يحكم العقد اجماعا
ان نقد الثمن من ماله فهو له وان نقد
من مال الموكل فهو له وان تصادقا
على انه لم تحضره النية فعند أبي يوسف
يحكم النقد وعند محمد فهو للوكيل
وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر
اشتريت (لنفسك) ولم يدفع الثمن الى
المأمور (فالقول للآمر وان كان)
الموكل (دفع اليه الثمن فللمأمور)
أى القول له وهذه المسئلة على
ثمانية أوجه لانه اما ان يكون مأمورا
بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل
وجه على وجهين لانه اما ان يكون
الثمن منقودا أولا وكل وجه على وجهين
لانه اما ان يكون العبد حيا حين
أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان
مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر عن
شرائه والعبد قائم حى

والخلافية هي ما لو كان العبد المأمور بشرائه بغير عينه حيا ولم يكن الثمن منقودا شيخنا (قوله فالقول للمأمور اجماعا) لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته بخلاف غير المعين على قوله بحر (قوله فالقول للآمر) لانه أخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله زيلعي قال شيخنا وقوله لا يملك استئنافه معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف ولهذا قال في العناية لان المأمور اخبر عما لا يملك استئناف سببه فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله انتهى (قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه) لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمر به (قوله وعندهما القول للمأمور) لانه أخبر عما يملك استئنافه فصح كما في المعين فلا يتهم في الاخبار عنه وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه أي في الثمن فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شئ يثبت تبعا وضمنا وان لم يثبت قصدا زيلعي وبحر (قوله وان كان العبد ميتا) وهي مسئلة الكتاب نظر فيه السيد الحموي بان مسئلة الكتاب تشمل موت العبد وحياته وقت قول المأمور اشتريته للآمر كما في البحر فان كان ميتا اخبر عن امر لا يملك استئنافه وان كان حيا فهو يدعي حق الرجوع على الآمر وهو ينكره ولا خلاف في الاول انه على التفصيل المذكور وفي الثاني الاختلاف فقال الامام هو كذلك على التفصيل وقالا القول للمأمور وان لم يكن الثمن منقودا فحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر انتهى فلا فرق عندهما في ان القول للمأمور اذا كان يملك الانشاء بين ان يكون الموضع موضع تهمة ام لا فان قلت بماذا تثبت التهمة قلت بالرجوع الى اهل الخبرة فان اخبروا ان الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة تثبت والا فلا (قوله بعني هذا الفلان) أي لاجله (قوله انكر الامر) بفتح الراء على المصدر (قوله أخذه فلان) لاقراره بالوكالة عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق بحر (قوله لم يكن لفلان ان يأخذه) لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف زيلعي وليس هذا من شراء الفضولي لانه اضاف البيع الى نفسه بقوله بعني وصورة شراء الفضولي ان يقول بع عبدك من فلان بحر عن فتح القدير (قوله الا ان يسلمه المشتري) القائل بعني هذا الفلان (قوله وتكون العهدة على المشتري) المراد بالمشتري فلان كما في التبيين والبحر والعناية ونصها وعليه العهدة أي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه قال الزيلعي ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية الخ قال شيخنا ومعنى كون العهدة على المشتري الذي هو فلان انه يلزمه تسليم الثمن (قوله عبدين معينين) قال في البحر ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين والظاهر انه اتفاقي فغير المعين كالمعين اذا نواه للموكل او اشتراه له انتهى وتبعه بعضهم كالحموي والدر وغيرهما وأقول دعوى ان التقييد اتفاقي غير مسلم لانه عند عدم التعيين يبطل التوكيل لعدم تسمية الثمن او ما يقوم مقامه من بيان النوع كالتركي والحبشي فهذا غفلة عن قول المصنف فيما سبق قريبا أمره بشراء عبد او دار صح ان سمى ثمنا والا فلا (قوله فاشترى أحدهما) بقدر قيمته او بزيادة يتغابن الناس فيها أما ما لا يتغابن فيه فلا يجوز اجماعا بخلاف الوكيل بالبيع عند الامام فانه يبيع بما قل وكثر على ما سيأتي (قوله صح) لان التوكيل مطلق غير مقيد

فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان
الثمن أو غير منقود وان كان ميتا
حين أخبر فقال هلك عندي بعد
الشراء وأنكره الموكل وكان الثمن
غير منقود فالقول للآمر وان كان
الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه
وان كان العبد بغير عينه فان كان
حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال
الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن
منقودا فالقول للمأمور وان لم يكن
منقودا فالقول للآمر عند أبي حنيفة
وعندهما القول للمأمور وان كان
العبد ميتا وهي مسئلة الكتاب
وان لم يكن منقودا فالقول للآمر
وان كان منقودا فالقول للمأمور
(وان قال) رجل لآخر (بعني هذا)
العبد (لفلان ففعله ثم انكر الامر)
أي أمر فلان اياه بالشراء (وقال انا امرته)
(أخذه فلان) ... (ان يقول) لم يكن
(لم آمره) أي بالشراء لم يكن
لفلان ان يأخذه (الا ان يسلمه) الذي
اليه) فان سلمه اليه واخذه منه
اشتراه له صار بيعا الذي أخذه من
المشتري وتكون العهدة على المشتري
(وان أمره بشراء عبدين معينين
ولم يسم ثمنا فاشترى له) أي للموكل
(أحدهما صح) وان أمره (بشرائهما
بالف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما
بنصفه او اقل صح

بثمن مقدر عيني أي مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين فيجري على اطلاقه قاضي زاده (قوله ويقع للآمر) لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فتنقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبأكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الاان يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به تحصيل العبدين بالالف وقد حصل وما ثبت الانقسام الادلالة والصريح يفوتها فلا تعتبر معه زيلعي (قوله لا يصح مطلقا) هذا الاطلاق في مقابلة التفصيل الآتي عن الصاحبين حموي قلت وشمل اطلاقه ما اذا قلت الزيادة اوكثرت صرح به العيني (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الخ) لان غرضه ملك العبدين فاذا بقي من الثمن ما يمكن شراء الآخر به تحصل غرضه فلا يكون مخالفا وللامام انه أضاف الالف اليهما على السواء فصار كانه نص على شراء كل منهما بخمسمائة ولو كان كذلك لا تجوز الزيادة كذا هذا عيني (قوله فاشترى هذا العبد صح) أي على الآمر ولزمه قبضه وان مات قبل القبض عند المأمور مات على الآمر لان البائع يكون وكيلا عن الآمر في قبض الدين ثم يتملكه بخلاف ما اذا وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور وان قبضه الآمر فهو له شيخنا (قوله نفذ على المأمور) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وتوكيل المجهول لا يجوز اذ لم يعين الآمر المبيع ولا البائع (قوله فان قبضه الآمر فهو له) بيعا بالتعاطي بحر (قوله في الوجهين) يعني بهما ما اذا كان العبد المأمور بشرائه معينا او غير معين وعلى هذا اذا قال المدائن للمدين أسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده خلافا لهما وكذا لو أمره بان يصرف ما عليه واصله ان التوكيل بالشراء اذا أضيف الى دين لا يصح عند أبي حنيفة اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كان او دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدين للمشتري على البائع ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كما في غير الدين وقول العيني ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشتري الخ تبع فيه الزيلعي وصواب العبارة بدين للمشتري على البائع كما ذكرنا ولابي حنيفة ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون أمرا بصرف ما لا يملك الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم وأما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كان أو عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وفي النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة زيلعي والمراد بالمشتري في قوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري هو الوكيل شيخنا (قوله فالقول للمأمور) لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول قوله عيني (قوله فالقول للآمر) لانه خالف امره اذ الامر يتناول امة تساوي ألفا فينفذ على المأمور زيلعي (قوله فللآمر) اطلقه وهو مقيد بما اذا كانت قيمتها خمسمائة لكونه مخالفا وأما اذا كانت قيمتها ألفا فانهما يتحالفان لان الموكل والوكيل ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد اختلفا في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكما وتلزم الجارية المأمور بحر وتبيين (قوله أي القول له) بلا يمين حموي عن الشلبي (قوله تحالفا) لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة عيني (قوله أي البائع والمشتري) كذا في بعض النسخ وفي بعضها الآمر والمشتري وهو الصواب

ويقع للآمر (و) ان اشترى احدهما
[illegible] صح مطلقا (الا ان
(بالاكثر لا) [illegible] (الباقي بما بقي)
(يشتري) العبد [illegible] فيشتري
من الثمن (قبل ان يختصمه)
يصح وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى
احدهما [illegible] بأكثر من خمسمائة
مما يتغابن الناس فيه وقد بقي من
الالف ما يشترى بمثله العبد الباقي
ان أمره (بشراء هذا)
فهو [illegible] (بدين له عليه) أي بدين
العبد (بالمأمور) (فاشترى)
للآمر على [illegible] لان العبد
هذا العبد (صح ولو) [illegible]
(غير عين) [illegible] أو أمره بشراء عبد غير
عين فاشترى المأمور عبدا (نفذ على
المأمور) حتى لو مات العبد عند المأمور
مات من مال المأمور والدين عليه
فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي
حنيفة وقالا هو لازم للآمر في الوجهين
(و) ان أمره (بشراء أمة بألف دفع
اليه) أي الى المأمور (فاشترى) الامة
(وقال) الآمر (اشتريت بخمسمائة
وقال المأمور) اشتريت (بألف فالقول
للمأمور) هذا اذا كانت الامة تساوي ألفا وان كانت تساوي خمسمائة
(وان لم يدفع) الالف
فالقول للآمر (فللآمر) اي
اليه والمسئلة بحالها (و) ان
القول له ولزم الامة المأمور
امره (بشراء هذا العبد (ولم يسم ثمنا)
فاشتراه (فقال المأمور اشتريته
بألف وصدقه البائع وقال الآمر)
اشتريته (بنصفه تحالفا) أي البائع
والمشتري

حموى وأجاب شيخنا بان المراد من البائع المأمور اذ هو بمنزلته والمراد من المشترى الآمر اذ هو بمنزلته لانه ينعقد بينهما مبادلة حكمية فسقط تصويبه انتهى واذا عرف ان الآمر والمأمور بمنزلة البائع والمشترى لما علم من انه ينعقد بينهما مبادلة حكمية ظهر انه يبدأ بيمين الآمر لكونه بمنزلة المشترى بناء على ماسيأتى فى المتن من باب التحالف حيث قال وبدئ بيمين المشترى وقد توقف فى ذلك العلامة الشرنبلالى فقال وهل يبدأ بيمين الآمر أو المأمور (قوله وهو اختيار أبى منصور) يعنى الماتريدى كما فى الهداية وذكر انه الاظهر وفى الكافى وهو الصحيح عناية (قوله وقيل لا تحالف) لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف عينى (قوله والاصح الاول) وجعل قاضيخان قول الفقيه أبى جعفر أصح زيلعى (قوله ولا يعتبر تصديق البائع) لانه ان استوفى الثمن فهو أجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له بينهما (قوله وقد نص محمد فى الجامع الصغير الخ) الظاهر ان مقصود الشارح من نقل كلام الجامع الصغير تأييد قول أبى جعفر حموى (قوله ان القول للمأمور مع يمينه) فمنهم من نظر الى ظاهره فنفى التحالف ومنهم من قال مراده التحالف بدليل ماذكره فى موضع آخر وانما نص على يمين الوكيل هنا لانه هو المدعى ولا يمين على المدعى الا فى التحالف فكان هو المقصود والموكل منكر واليمين عليه ظاهرا فلم يحتج الى بيانها بحر قال الزيلعى بعد عزوما ذكر للمشايخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول للمأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك فهذا من الزيلعى تأييد لابى جعفر قال فى البحر وقولى هنا انهما اتفقا على عدم تسمية الثمن اولى من قول الزيلعى وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف اذ المسئلة انما فرضها المؤلف وغيره فيما اذا لم يسم ثمنا فهو سهو وان اختلفا فقال الآمر امرتك ان تشتريه بخمسمائة وقال المأمور امرتنى بالشراء بالف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته ويلزم العبد المأمور لمخالفته فاذا أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا كما فى الزيلعى (قوله عتق العبد وولاؤه لسيده) لان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن فاذا اشتراه الوكيل صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه عينى (قوله فالعبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين وان كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثلها ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما هاهنا فأحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلابد من البيان زيلعى وبحر (قوله والالف لسيده) راجع للمسئلتين وكان ينبغى ان يقول بعده وعلى العبد ألف اخرى بعد الاعتاق وعلى المشترى فى الثانية ألف ثمن العبد لبطلان الاداء فيهما لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو انه كسب عبده فكان مملوكا له قبل الشراء وقبل العتق وأشار بالاحتياج الى اضافته الى العبد الموكل الى انه سفير لا ترجع الحقوق اليه فالمطالبة بالالف الاخرى على العبد لا على الوكيل وهو الصحيح بحر (قوله أى مثل ألف دفع العبد اليه) هذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى أما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال قاضى خان لم يذكر فى الكتاب ثم قال وينبغى ان يجب لان الاولى مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه حموى عن النهاية (قوله يكون اتيانا بجنس تصرف آخر) والوكيل اذا خالف وأتى بجنس آخر من التصرفات نفذ عليه حموى وقدمنا عن الدرمعزيا للخلاصة والدرر ان الوكيل اذا خالف ان خلافا الى خير فى الجنس كبيع بالف فباعه بالف ومائة نفذ ولو بمائة دينار لا ولو خيرا انتهى

وهو اختيار أبى منصور وقيل لا تحالف
وهو اختيار الفقيه أبى جعفر والاصح
الاول وان تحالفا يلزم المأمور
ولا يعتبر تصديق البائع فى حق الآمر
وقد نص محمد فى الجامع الصغير ان
القول للمأمور مع يمينه (و) ان أمره
(بشراء نفس الآمر من سيده بالف
ودفع) العبد الآمر الالف الى الوكيل
(فقال) الوكيل (لسيده اشتريته
لنفسه) أى لنفس ذلك العبد
(فباعه) سيده (على هذا) أى على
أن يشتريه لنفسه (عتق) العبد
(و) لا يؤدى ... (وان قال اشتريته
ولم يرد ذوا ... لنفسه (فالعبد للمشترى
والالف لسيده وعلى المشترى ألف
مثله) ثمنا للعبد أى مثل ألف دفع
العبد اليه ان كان دراهم فدراهم
وان كان دنانير فدنانير وقائل ان
يقول قد ذكر فيما تقدم ان الوكيل
بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه
فلا يجوز ان يكون العبد للمشترى
ويمكن ان يجاب عنه بان الوكيل
بشراء نفسه يكون توكيلا بقبول
الاعتاق حقيقة وشراؤه لنفسه (وان
يكون اتيانا بجنس تصرف آخر
قال) رجل آخر (اشتر لى نفسك من
مولاك) بالف درهم (فقال) العبد
(لمولاه بعنى نفسى) بالف درهم
(ففعل) وباع ولاه

واستفيد منه ان الدراهم والدنانير في باب الوكالة جنسان (قوله فهو للآمر) لان العبد يصلح ان يشترى نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفى البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع يشترى الوديعة فاذا اضاف العقد الى الآمر صلح امتثالا فيقع العقد للآمر فلو وجد به عيبا ان علم به العبد فلا رد لان علم الوكيل كعلم الموكل وان لم يعلم فالراد العبد درر عن الاختيار (قوله وان لم يقل لفلان الخ) وجه عتقه انه مطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الآمر اما اذا وقع الشراء له فظاهر واما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الآمر زيلعى وفيه نظر اذ ليس كل عقد باشره الوكيل ترجع حقوقه اليه بل بشرط ان يضيفه الى نفسه كما سبق وهنا لم يضفه الى نفسه لا يقال العبد هنا محجور عليه فلا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى ثم ان كان الشراء للآمر فلابد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا حاجة الى قبول العبد بعد قوله بعنى نفسى لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفى العقد في العتق كالنكاح بخلاف البيع زيلعى قال في البحر وفي الكتاب اشارة الى انه يتم بقول المولى بعت لانه قال ففعل كذا في المعراج معزيا الى الفوائد الظهيرية قال الحموى وفي الاشارة تأمل فان قول المصنف ففعل في صورة وقوعه للآمر لا في صورة وقوعه عتقا للعبد

(فصــــــل قوله الوكيل بالبيع والشراء الخ) قيد بالوكيل لان الوصى لو باع منهم بمثل القيمة فانه يجوز وان حابى فيه لا يجوز وان قل والمضارب كالوصى بحر عن السراج الوهاج وفي جامع الفصولين لو باع القيم مال الوقف أو اجر ممن لا تقبل شهادته لم يجز عند أبي حنيفة وفيه المتولى اذا أجر دارا من ابنه البالغ أو ابيه لم يجز عند أبي حنيفة الا باكثر من اجر المثل (قوله سواء كان بمثل القيمة الخ) ظاهره ان المنع من البيع أو الشراء مع من ذكر لا يجوز عند الامام بمثل القيمة رواية واحدة وليس كذلك لان فيه روايتين عن الامام بخلاف المضارب اذا عقد مع من لا تقبل شهادته له بمثل القيمة حيث يجوز عند الامام رواية واحدة ووجه الفرق بين الوكيل والمضارب على احدى الروايتين ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا ولانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل وأما اذا اطلق بان قال بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة زيلعى قال المقدسى بع ممن شئت مستدرك لان الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا ينبغى الا ان ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون اطلاقا انتهى وأقول كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع فان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات والبيع ممن ذكر موضع تهمة حموى (قوله مع من ترد شهادته له) وكذا لا يجوز له البيع أو الشراء من نفسه عندهم جميعا سواء كان خيرا أو شرا للموكل او للوكيل كما في فتاوى قاضي خان قال في البحر وهو مفهوم من كلام المصنف بالاولى لانه اذا لم يملك العقد مع من ترد شهادته له فأولى ان لا يملكه من نفسه والحيلة ان يبيعه من آخر ثم يشتريه منه انتهى واعلم ان الاولوية بالنسبة لمذهب الامام وأما الصاحبان فلا يمنعان الوكيل من العقد مع من ترد شهادته لهم اذا كان بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه بخلاف منعه من البيع من نفسه فانهما مع الامام فيه (قوله الا اذا زاد عن ثمن المثل الخ) مستثنى من منع المصنف الوكيل من العقد مع من ذكر لان اطلاقه المنع من العقد شامل لما اذا كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء مع انه لا خلاف في جوازه فدعوى السيد الحموى ان الشارح لم ينبه على ذلك وانه لم يقيد كلام المصنف بما اذا لم يكن باكثر من القيمة غير مسلم (قوله وقالا يجوز بيعه منهم الخ) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب

العبد
فهو للآمر وان لم يقل)
بان قال بعنى نفسى ولم يزد
عليه شيئا (لفلان) (عتق)
(فصل الوكيل بالبيع والشراء
لا يعقد) عند أبي حنيفة مطلقا سواء
كان بمثل القيمة أو انقص (مع من ترد
شهادته له) الا اذا زاد على ثمن المثل في الشراء
ونقص عن ثمن المثل في البيع
وهو الابوان والاجداد والجدات
وان علوا والاولاد وان سفلوا
والزوجات والسيد لمملوكه والمكاتب
والشريك للشريك وقالا يجوز بيعه
منهم

وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فكان بيعا من نفسه من وجه زيلعي (قوله بمثل القيمة الخ) حاصله ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان كما في العيني عن النهاية قال الزيلعي وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها انتهى (قوله الامن عبده ومكاتبه) وابنه الصغير ومفاوضه فالمستثنى على هذا أربع وقيد العبد في المبسوط بغير المديون وفيه اشارة الى انه لو كان مديونا فانه يجوز كذا في المعراج وقيد بقوله له لانه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل كأبيه وابنه ومكاتبه وعبده المديون جاز وكذا الوكيل العبد اذا باع من مولاه بحر عن الخلاصة (قوله ببيع مطلق) أي عن التقييد بمقدار ثمن وعن التقييد بعرض ونقد ونسيئة حموي (قوله بما قل وكثر) ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله عناية (قوله والنسيئة) أطلق في جواز بيعه نسيئة وهو مقيد عند أبي حنيفة بما اذا كان للتجارة فان كان للحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها وعلى البيع بالنقد وبه يفتى ومقيد بما اذا باع بما يبيع الناس فان طول المدة لا يجوز ولو قال بعه بالنقود فباعه بنقد أو بالنسيئة يجوز قال الفقيه ابو الليث والفتوى على قول ابي يوسف ولو قال لا تبع الا بالنقد فباعه بالنسيئة لا يجوز ولو قال بعه بالنسيئة بالف فباعه بالنقد بالف يجوز فان باعه باقل من الالف لا يجوز خلاصة ثم قال لو قال بعه الى رجل فباعه بالنقد قال السرخسي الاصح انه لا يجوز بالاجماع انتهى قلت ولا مخالفة بين الفرعين كما في البحر لان الثمن في السابقة متعين بخلاف ما هنا فيحتمل ان ما قبضه من الثمن للحال أقل مما لو باعه نسيئة بل هو الظاهر (تتمة) وكله ببيع عبده بالف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته لا يملك بيعه بالف بحر أيضا عن البزازية (قوله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان الخ) لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف ولهذا تتقيد التوكيل بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة وللامام ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والوكيل بالشراء متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم زيلعي ومقتضاه ان الوكيل بالشراء اذا اشترى ما وكل بشرائه بغبن فاحش وكان الموكل بشرائه معينا ان ينفذ على الآمر وبه صرح في الهداية معللا بانه لا يملك شراءه لنفسه قال في العناية وهو قول العامة وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر انتهى فظهر ان ما جرى عليه الزيلعي من ان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية انتهى خلاف ما عليه العامة والظاهر ان المراد بالمخالفة مخالفة ما هو المتعارف في ثمنه والا فالكلام مفروض فيما اذا لم يقدر الآمر ثمنه (قوله ولا يجوز الا بالدراهم الخ) لان مطلق العقد يتقيد بالمتعارف وفي البحر عن البزازية ويفتى بقولهما (قوله والنسيئة تجوز عندنا) طالت المدة أو قصرت على الصحيح من قول الامام وقال صاحباه ان باع باجل متعارف في تلك السلعة يجوز وعند أبي يوسف ان كان البيع للتجارة فباع الى أجل تباع تلك السلعة بذلك الثمن الى ذلك الاجل جاز وان كان التوكيل بالبيع للحاجة الى النفقة أو قضاء الدين ليس له ان يبيع بالنسيئة وعليه الفتوى كذا في الخانية ومقتضاه ان البيع بالنسيئة اذا لم يكن متعارفا كبيع الامين الغلال ببولاق لم يكن له ذلك على ما عليه الفتوى ويضمن وهي حادثة الفتوى وقدمنا انها تتقيد بزمان ومكان لكن في البزازية الوكيل الى عشرة أيام وكيل في العشرة وبعدها في الاصح كذا الكفيل لكن لا يطالب الا بعد الاجل تنوير البصائر وزواهر الجواهر (تتمة) قال بعه بشهود او برأي فلان أو علمه أو معرفته فباع بدونهم جاز بخلاف لا تبع الا بشهود أو الا بحضرة فلان به يفتى قلت وبه علم حكم واقعة الفتوى دفع له مالا وقال اشتر لي زيتا بمعرفة فلان فذهب

بمثل القيمة وبما يتغابن فيه الثمن
(الامن) عبده ومكاتبه (وصح بيعه)
ببيع مطلق (بما قل) من الثمن
(وكثر وبالعرض والنسيئة) عند
ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز
الا بالدراهم أو الدنانير وهو قول
الشافعي والنسيئة تجوز عندنا خلافا
للشافعي

واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن بخلاف لا تشترالا بمعرفة فلان در (قوله وتقييد شراؤه الخ) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره بحر وكان الاولى ان يقول فلما لم يوافقه الخ والحاصل ان التعليل بالتهمة بالنسبة لما اذا اشتراه بزيادة لا يتغابن فيها (قوله بالشراء المطلق) أى عن التقييد بثمن حموى (قوله بمثل القيمة) بالاجماع (قوله يتغابن الناس فيها) قال فى البحر والمراد بالتغابن الخداع فقولهم لا يتغابن الناس فيه معناه لا يخدع بعضهم بعضا بمثله وقولهم يتغابن الناس فيه أى يخدع بعضهم بعض القتة قال في القاموس غبنه في البيع يغبنه غبنا ويحرك خدعه والتغابن ان يخدع بعضهم بعضا انتهى وهذا اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والجوز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا عينى وفى الدر عن البحر والنهاية وبه يفتى (قوله أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا) وهذا هو الاصح فى حد الغبن اليسير والفاحش بحر (قوله فلا) أى فلا يكون مما يتغابن فيه هذا انما يتم فى البيع على قول ما لا على قوله حموى وأقول هذ لبيان الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش وهو متفق عليه لا خلاف للامام فيه سواء كان وكيلا بالشراء أو بالبيع وأما أن الوكيل بالبيع هل يملك البيع على الآمر ولو بالغبن الفاحش فعند الامام نعم خلافا لهما فهذا شئ آخر ليس مما الكلام الآن فيه (قوله وقيل فى العروض) أى الغبن اليسير فى العروض الخ وما خرج عنه فهو مما يتغابن الناس فيه ووجهه ان التصرف يكثر وجوده فى العروض ويقل فى العقار ويتوسط فى الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف بحر وفى الزيلعى جعل نصف العشر فى العروض فاحشا (قوله ده نيم اى نصف العشر) وده يازده أى العشر وده دوازده اى الخمس وبقى ما يتغابن فيه من الدراهم والدنانير وهو ربع العشر حموى (قوله ولو وكله ببيع عبد له الخ) وضع المسئلة فى بيع العبد لان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى الجواز وعدمه فيما يتعيب بالشركة والا جاز اتفاقا كما فى الدر عن ابن الكمال وغيره الزيلعى والعينى عدم الجواز للصاحبين بان فيه ضرر الشركة (قوله صح عنده) لاطلاق التوكيل در (قوله وعندهما لا يصح) لان فيه ضرر الشركة وهى عيب ينقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقى بعده وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه زيلعى وغيره قال فى الدر ظاهره ترجيح قولهما والمفتى به خلافه والله اعلم (قوله وفى الشراء يتوقف) والفرق لابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن فى الشراء تتحقق التهمة دون البيع ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق ولا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه زيلعى واعلم ينفذ على المشترى لانه لم يخالف من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافقه من كل وجه فلما يتوقف فلو اعتقه الآمر زمن التوقف نفذ عند أبى يوسف لا المأمور وعكس محمد لانه مخالف وتوقفه لتوهم رفع الخلاف بشراء الباقى فبقى الخلاف قبل الشراء فلا ينفذ على الآمر وابو يوسف يقول توقف على اجازة الموكل والاعتاق اجازه (قوله فان اشترى باقيه لزم الموكل) وارتفع التوقف وهذا بالاجماع بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابى حنيفة للفرق الذى سبق بيانه وهذا اذا اشترى الوكيل النصفين فلو شرى النصف ثم شرى الموكل النصف لم ينفذ على الآمر بخلاف عكسه حموى عن الخانية واعلم ان ما اعترض به العينى على الزيلعى حيث قال فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع قاله الشارح قلت فيه خلاف زفر والثلاثة الخ ساقط لان كلام الزيلعى فيما اذا كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه ثم اشترى الباقى فلا يرد على دعوى الاجماع ما اعترض به العينى لان خلاف زفر والثلاثة بالنسبة لما اذا كان وكيلا بالبيع فباع نصفه ثم باع الباقى ولئن سلمنا كون خلاف زفر والثلاثة فى مسئلة التوكيل بالشراء فنقول أراد بالاجماع اجماع الامام مع الصاحبين

(وتقييد شراؤه) أى الوكيل (بالشراء المطلق يجوز شراؤه (بمثل القيمة وزيادة يتغابن) الناس (فيها) وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) فلو قومه عدل بعشرة وعدل آخر بثمانية وآخر بسبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين (أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا) وقيل فى العروض ده نيم وفى العقار ده دوازده وفى الحيوانات ده يازده (ولو وكله ببيع عبد له فباع نصفه) أو عشره (صح) عنده وعندهما لا يصح (وفى الشراء يتوقف) فان اشترى الباقى) قبل ان يختصم الموكل والوكيل (لزم الموكل والا) لزم الوكيل (وإن رد المشترى المبيع على الوكيل بالعيب) مطلقا سواء كان حدث مثله فى هذه المدة أولا كالاصبع الزائدة والسن الزائدة (ببينة او نكول

كما يدل عليه قوله بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبي حنيفة الخ (قوله رده الوكيل على الآمر) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر عيني (قوله وكذا باقراره فيما لا يحدث) لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزائد او يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل هذه المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لكن لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها اى الى الحجة للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذلك النكول حجة في حقه فيرد عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل زيلعي (قوله لزم الوكيل دون الموكل) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهى الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه يعنى بمجرد رد القاضي عليه باقراره اما اذا قامت البينة او نكل وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فسقط ما قيل اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة كذا في العناية وقال في ايضاح الاصلاح ولا يمنعه من ذلك اقراره حيث قضى القاضي عليه بالرد لتصريحهم بانه اذا رد المبيع على البائع بالقضاء كان له الرد ايضا على بائعه وان كان القضاء بالاقرار قال في الملتقى ومن باع ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء باقرار او نكول او بينة رده على بائعه وعزاه الى مبسوط شمس الائمة قال وبهذا ظهر عدم الحاجة الى التأويل الذى ذكره صاحب الهداية بمعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فأثبت بالبينة واتضح فساد ما قيل في توجيهه انه اذا أقر عند القاضي يكون طائعا في اخذ المبيع فلا يكون له ولاية الرد على البائع الاول انتهى فان قلت كيف يترتب القضاء عليه بالرد اذا كان مقرا بالعيب في مجلس القاضي غير منكر له قلت يحمل على ما اذا أقر بالعيب وامتنع من قبوله فحينئذ يقضى عليه ثم رأيت في البحر عن النهاية ما نصه وقضاء القاضي مع اقرار الوكيل متصور فيما اذا أقر بالعيب وامتنع عن القبول فيقضى عليه جبرا على القبول وفيه عن البزازية اقر الموكل بعيب وأنكره الوكيل لا يلزم الموكل ولا الوكيل شئ لان الخصومة فيه من حقوق العقد والموكل اجنبى عنها ولو أقر الوكيل وانكره الموكل رده المشترى على الوكيل لا على الموكل لان اقراره صحيح في حق نفسه انتهى (قوله فالقول للآمر) لان الامر يستفاد من جهته وكذا لو باع بخمسمائة فقال امرتك بألف وكذلك هذا في النكاح والمكاتب والاجارة والعتق على مال ولو قال المؤلف ولو اختلفا فيما بيد الوكيل فالقول له لكان اولى ليشمل ما ذكر ووكيل الخلع والمقدار والصفة من حلول وتأجيل بحر واعلم ان قياس ما سبق عن الخلاصة يقتضى ان يكون المراد من امر الآمر وكيله بالبيع نقدا ان يقول له لا تبعه الا بالنقد لا مجرد الامر بالبيع بالنقد الا ترى الى ما سبق من انه لو قال له بعه بالنقود فباع بالنسيئة جاز بخلاف لا تبع الا بالنقد ومقتضاه انه لو قال بعه من فلان بكفيل فباعه منه بغير كفيل جاز بخلاف لا تبعه منه الا بكفيل لكن في البحر عن الكافي مرة ان بعه من فلان بكفيل فباع بغير كفيل لم يجز فتدبر في وجه الفرق (قوله والقول لمضارب) لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى انه يملك الايداع والابضاع فالقول لمن تمسك بالاصل بخلاف الوكالة فان الاطلاق والعموم ليس فيها باصل ألا ترى انه لا يودع ولا يوكل حموى

(رده) الوكيل (على الآمر وكذا باقراره) أى رده الوكيل على الآمر لو أقر الوكيل ان العيب حصل في يد الموكل (فيما لا يحدث) أى رده فيما لا يحدث مثله في هذه المدة وانما قيد به لانه اذا كان مما يحدث ورد باقراره لزم الوكيل دون الموكل (وان باع) الوكيل بالبيع (بنسيئة وقال) الموكل (امرتك بنقد وقال المأمور اطلقت) الامر ولم تقيد بشئ (فالقول للآمر وفي المضاربة للمضارب) يعني لو اختلف المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالبيع بالنقد وقال المضارب اطلقت فالقول للمضارب (ولو) أمر رجلا بالبيع فباع و(أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع) الرهن في يده (أو) أخذ بالثمن (كفيلا

عن الذخيرة بخلاف ما اذا دعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا او نسيئة الى أجل متعارف عندهما والى أى اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار زيلعى (قوله فتوى المال على الكفيل) أى بموته مفلسا والتوى مقصورا هلاك المال وبابه علم حموى (قوله لم يضمن الوكيل) لان حق الاستيفاء له لكونه أصيلا فى الحقوق بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة والارتهان والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه هداية وهو مخالف لما فى الخلاصة والبزازية من ان الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فانها حوالة وهو لا يملكها بحر عن البزازية (قوله وقيل المراد من الكفالة هنا الحوالة الخ) عزاه الزيلعى الى النهاية وحكى ما ذكره الشارح من قوله وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل الخ ثم قال وهذا كله ليس بشئ لان المراد توى يضاف الى أخذه الكفيل والتوى الذى ذكره أى صاحب النهاية غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ الكفيل لتوى حقه بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى يضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا انتهى مثل ان يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا انتهى قال السيد الحموى فدعوى ان التوى لا يتحقق فى الكفالة ممنوعة (قوله وذكر فى الجامع الصغير المناهجى التوى على الكفيل الخ) نظر فيه الحموى ولم يبين وجهه ووجهه ان التوى لا يتحقق بموت الكفيل مفلسا لرجوع الطالب على الاصيل وانما يتحقق بموت الكفيل والمكفول عنه مفلسا او غاب المكفول عنه ولم يدر موضعه شيخنا عن الحلبى (قوله ولا يتصرف احد الوكيلين الخ) لان الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ولو كان البدل متقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة والنقصان وفى اختيار البائع والمشترى وشمل اطلاقه ما اذا كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا اوصبيا محجورا عليه وشمل ما اذا مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للآخر ان يتصرف وحده زيلعى واعلم ان الوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف كالوكالة فليس لاحدهما الانفراد الا فى مسئلة شرط الواقف النظر والاستبدال له مع فلان فان للواقف الانفراد دون فلان تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله الا فى الخصومة) لان اجتماعهما عليها يؤدى الى الشغب والتشويش فيباشر أحدهما برأى الآخر حتى لو باشر بدون رأى الآخر لا يجوز عندنا عينى وليس فى كلامه ما يعين انه يشترط حضور رأيه عند الخصومة لان ذلك ليس بشرط عند عامتهم كما ذكره الزيلعى وسيصرح به الشارح فيحمل كلامه على ما هو الاعم منه ومن كونه سابقا على الخصومة وان كان خلاف المتبادر منه والشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين هيجان الشر شيخنا عن المصباح والقاموس (قوله لا يشترط حضرة صاحبه الخ) بل يشترط رأيه فاذا انتهيا الى القبض فحتى يجتمعان درر عن الجوهرة لكن سيأتى ان الوكيل بالخصومة لا يملك القبض وبه يفتى (قوله فى دفعة واحدة) لا حاجة اليه بعد قوله بكلام واحد حموى (قوله كان لكل واحد الخ) لانه رضى برأى كل وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك بخلاف الوصيين على التعاقب حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فى الاصح لان وجوب الوصية بالموت والوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل زيلعى (قوله ان يكونا مجزين) أى والمرأة والعبد معينين كما فى التنوير فلو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او بعتق عبد غير معين لزم اجتماعهما كما فى الدرر لانه يحتاج الى الرأى (قوله لا ينفرد بالطلاق والعتاق) لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما زيلعى وكذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع شئ (قوله ورد

ودیعة)

فترى) المال (عليه) أى على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فترى المال على الكفيل (لم يضمن) الوكيل فى الصورتين وقيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وذكر فى الجامع الصغير المناهجى التوى على الكفيل بان يموت مفلسا كذا فى النهاية (ولا يتصرف احد الوكيلين وحده الا فى الخصومة) فانه لا يشترط حضرة صاحبه عند الجمهور وقيل يشترط وهو قول زفر والشافعى واعلم ان هذا الحكم الذى ذكره فيما اذا وكلهما بكلام واحد فى دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدى هذا أو بخلع امرأتى اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد فى التصرف كذا فى النهاية (و) فى (طلاق وعتاق بلا بدل) متعلق بهما وانما قيد به لانه لو شرطه ببدل لا يجوز أن يتصرف أحدهما وحده والمراد بالطلاق والعتاق أن يكونا منجزين بان قال طلقاها أو أعتقاها اما لو قال طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لا ينفرد أحدهما بالطلاق والعتاق (و) فى (رد وديعة) فيه لانه اذا وكل رجلين بقبض الوديعة

وديعة) لوقال ورد عين لكان اولى فانه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والمبيع فاسدا بحر عن الخلاصة (قوله ليس لكل واحد منهما ان ينفرد بالقبض) لان للموكل فيه غرضا صحيحا لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد عيني ولم يعرج على ماصرح به الزيلعي في التعليل بقوله لان اجتماعهما فيه ممكن ولعل وجهه ان الحكم لو كان معلولا بامكان الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد في التوكيل برد الوديعة (قوله صار ضامنا) أي كله زيلعي لانه قبض بغير اذن المالك اذ امرهما بالقبض مجتمعين لا منفردين فلم يكن مامورا في حالة الانفراد بقبض شئ وما في البحر عن السراج من قوله فان قيل ينبغي ان يضمن النصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا ذاك مع اذن صاحبه اما في حال الانفراد فغير مامور بقبض شئ منه فيه نظر لانه اذا قبض باذن صاحبه لا يلزمه الضمان أصلا (قوله وقضاء دين) بخلاف اقتضائه وتسليم هبة لمعين بخلاف قبضها واعلم ان الوكيل بقضاء الدين من ماله او من مال موكله لا يجبر عليه اذا لم يكن للموكل على الوكيل دين كما بسطه العمادي ومفاده ان الوكيل بدفع معين من مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرعا الا في مسائل اذا وكله بدفع عين ثم غاب او ببيع رهن شرط فيه او بعده في الاصح او بخصومة بطلب المدعي وغاب المدعى عليه اشباه خلافا لما في بدر الدين البداية فليحفظ وظاهر الاشباه ان الوكيل بالاجر يجبر تنوير وشرحه (تتمة) نقل شيخنا عن الخانية من كتاب الوقف عن الاصل ان الوكيل بقضاء الدين اذا صرف مال الموكل في حاجة نفسه ثم قضى بمال نفسه دين الموكل يكون متبرعا في قضاء دين الموكل انتهى (قوله ولا يوكل الا باذن) لانه رضي برأيه دون رأي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به الا اذا قدر له الثمن فانه يجوز لعدم الحاجة الى الرأي فيه بخلاف ما اذا وكل وكيلين ولم يقدر لهما الثمن حيث لا ينفرد أحدهما لان تقديره لا يمنع استعمال رأي الآخر في النقصان في الشراء او زيادة في البيع زيلعي وكذا يستثنى من منع الوكيل من التوكيل ما لو كان وكيلا بدفع الزكاة بخلاف الوكيل بشراء الاضحية در عن الخانية وكذا للوكيل بقبض الدين ان يوكل من في عياله كما في التنوير والمراد منعه عن ان يوكل فيما وكل فيه ليخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لكونه اصيلا فيها بحر وزيلعي (قوله فيما وكل فيه) يشير الى ما قدمناه من ان له التوكيل في حقوق العقد وما وقع في عبارة بعضهم كالحموي من زيادة قوله حتى الموكل تعبير مناسب وان كان صحيحا في حد ذاته لما ان الكلام مفروض فيما اذا وكل بدون الاذن ولا يتصور الا اذا كان الذي يكله الاول غير الموكل فاللائق حذف هذه الزيادة (قوله الا باذن) فاذا أذنه في التوكيل فوكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته عيني والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته الذي ولاه هو او ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه زيلعي (تتمة) وكل الوكيل بالقبض بلا اذن فدفع له المديون فان وصل الى الوكيل الاول برئ والا فان وكل من في عياله برئ والا فان هلك المال في يد الثاني كان للغريم تضمينه وللثاني الرجوع على الوكيل الاول بحر عن الذخيرة (قوله أو اعمل برأيك) فانه كالاذن في التوكيل الا في طلاق وعتاق لانهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه تنوير وشرحه عن القنية (قوله فعقد بحضرته) لان المقصود حضور رأيه وقد حصل وترجع الحقوق الى الثاني في الاصح لانه العاقد وقيل الى الاول لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول وظاهر كلامه الاكتفاء بالحضرة وهو قول البعض والعامة على أنه لا بد من اجازة الوكيل او الموكل وان حضره الوكيل الاول لا تكفي كما في النهاية والسراج والخانية قيد بالعقد احترازا عن الطلاق والعتاق لانهما يقبلان التعليق بالشرط فكان الموكل علقه بلفظ الاول قال في البحر ويزاد الابراء عن الدين فاذا وكله بان يبرئ

ليس لكل واحد منهما ان ينفرد بالقبض دون الآخر واذا قبض بدون اذنه صار ضامنا كذا في النهاية (وقضاء دين) ولا يوكل الا باذن فيما وكل به (او اعمل برأيك) فحينئذ (فان وكل) الوكيل الثاني (فعقد) الوكيل الاول (بحضرته) أي بحضرة الوكيل الاول

غيره فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الاول لم يصح ويراد الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع ويخالفه في الخصومة ما في الخانية الخ البحر ومنه يعلم ما في الدر من الايهام اذ ظاهر كلامه يفيد الاكتفاء بالحضرة في غير الخصومة أيضا بالنسبة للخانية وليس كذلك (قوله او باع اجنبي) لم يقل عقد للاحتراز عن الشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الاجنبي كما في السراج لكن لا يشمل النكاح والكتابة والخلع مع انها كالبيع بحر عن الخانية (قوله أو اشترى) لو قال او اشترى لها عالما لكان أولى لانه اذا اشترى لها عالم نفسه كان مشتريا لنفسه وعدم الجواز فيما اذا اشترى لها عالما بحر عن المعراج (قوله لم يجز) لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (قوله والمرتد) يعني اذا زوج المرتد صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها او اشترى ومات على الردة لم يجز تصرفه عليها حموي (قوله اذا مات على الردة) وقبل الموت تصرفه على ولده موقوف اجماعا وان كان نافذا في ماله عندهما بخلاف تزوجه بنفسه حيث لا يجوز وان أسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة لمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح أولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان أسلم نفذ النكاح والا بطل زيلعي وفي البحر عن خزانة المفتين الولاية في مال الصغير الى الاب ووصيه ثم وصي وصيه ثم الى ابي الاب ثم الى وصيه ثم الى القاضي ثم الى من نصبه القاضي وليس لوصي الام ولاية التصرف في تركة الام مع حضرة الاب او وصيه او وصي وصيه او الجد وان لم يكن واحد ممن ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار الخ ولا يشتري الا الطعام والكسوة لانهما من جملة حفظ الصغير درر عن الخانية وفي التنوير من كتاب المأذون بانه وليه أبوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضي او وصيه دون الام او وصيها انتهى بقي ان يقال ظاهر قوله في البحر وان لم يكن واحد ممن ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار ان الوصي يملك بيع العقار حيث لم يكن وصي الام مع ان المصرح به انه ليس له ذلك الا لمسوغ كان كون الثمن ضعف القيمة او يكون في يد متغلب او اشرف على الخراب او نحو ذلك من الاعذار التي ذكرها في الدر من كتاب الوصايا معزيا للدرر والاشباه فلت المسئلة مختلف فيها فان البحر عن خزانة المفتين مبني على ما هو ظاهر الرواية من انه اذا باع بمثل القيمة يجوز قال شمس الأئمة الحلواني وهذا جواب السلف وما قدمناه معزيا للدرر والاشباه هو جواب المتأخرين قال في الواقعات وبه يفتى ومن الاعذار المسوغة للبيع ان يكون على الميت دين فيملكه بقدر الدين أو لنفقة الصغير او وصية مرسلة أي مطلقة بان يقول ثلث مالي او ربعه وصية او زيادة خرجه على غلته درر (تتمة) الاب اذا باع عقار ابنه الصغير بمثل القيمة فان كان الاب محمودا عند الناس يجوز وليس للابن نقضه بعد البلوغ بخلاف ما اذا كان فاسقا حيث يملك نقضه هو المختار شيخنا عن الواقعات

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله أخر باب الوكالة بالخصومة) لا نكتة تظهر لوضع الظاهر موضع المضمر حموي (قوله ونحوه) كالوديعة المجحودة والغصب حموي (قوله والتقاضي) أي الطلب اعلم ان الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا أي لغة يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيت منه حقي أي أخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع كذا قيل وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة وأجيب بان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في أن الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور

الخيانة

(أو باع أجنبي فأجاز) الوكيل (صح) وقال زفر لا يصح وهو القياس وانما قيد بحضرته لانه لو عقد حال غيبته لم يجز الا ان بلغه فيجيز (وان زوج عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع لها او اشترى لم يجز) والكافر يتناول الذمي والحربي والمستأمن والمرتد اذا مات على الردة
والله تعالى اعلم
(باب الوكالة بالخصومة والقبض) لما كانت الخصومة مهجورة شرعا أخر باب الوكالة بالخصومة (الوكيل بالخصومة) أي باثبات الدين ونحوه (والتقاضي

الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض (قوله لا يملك القبض) لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ولانه رضي بخصومته والقبض غيرها وكما لا يملك القبض لا يملك الصلح اجماعا ورسول التقاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا بحر وارسلتك وكن رسولا عني ارسال وامرتك بقبضه توكيل خلافا للزيلعي ولا يملكهما أي الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح تنوير وشرحه (قوله وعليه الفتوى) ولهذا اختاره في المتن تبعا للاختيار السرخسي لكن في السراجية الفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بالتقاضي في بلدة العرف فيما بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان الوكيل بالتقاضي وكيلا بالقبض والا فلا واعتمده في البحر وأقره في الدر (قوله وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض) أي قبض العين والدين لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمام الخصومة والتقاضي يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة (قوله والوكيل بقبض الدين الخ) اعلم ان الوكيل بقبض الدين اذا قال قبضت وهلك عندي او دفعته الى الموكل وكذبه الموكل يصدق في حق ابراء المديون لا في حق الرجوع على الموكل بتقدير الاستحقاق حتى لو استحق انسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل لا يرجع الوكيل على الموكل منية المفتي ولو وكله بطلب كل حق له قبل فلان تقيد بما عليه يوم التوكيل ولا يدخل الحادث وذكر شيخ الاسلام انه اذا وكله بقبض كل حق له على فلان يدخل القائم والحادث أيضا فليتأمل عند الفتوى وفي المنتقى وكله بقبض كل دين له يدخل الحادث أيضا كما لو وكله بقبض غلته يقبض الغلة الحادثة أيضا بحر (قوله يملك الخصومة) ولا ينعزل بموت المطلوب بحر (قوله عند أبي حنيفة) اعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبيه في ان وكيل القبض يملك الخصومة او لا مقيد بما اذا كان وكيل الدائن اما اذا وكله القاضي بقبض مال الغائب فلا يكون وكيلا بالخصومة اتفاقا شرنبلالية عن شرح المجمع معزيا للخانية بخلاف وكيل القسمة والاخذ بالشفعة والرجوع في الهبة والرد بالعيب فانه يملكها مع القبض اتفاقا در (قوله حتى لو أقام المدعى عليه البينة) وكذا اذا جحد الغريم وأقام الوكيل البينة عليه تقبل زيلعي (قوله وهو رواية عن أبي حنيفة) رواها الحسن عنه لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل باخذ الشفعة بحر عن الهداية وفيه عن الذخيرة على قولهما لا تقبل البينة ابراءه وتقبل لقصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه بل يوقف الامر الى حضور الغائب انتهى (قوله لا يملك الخصومة) اتفاقا لانه أمين محض حيث لا مبادلة لقبضه العين الموكل بها شيخنا يشير به الى ما ذكره الزيلعي في وجه الفرق بين الوكيل بقبض الدين والوكيل بقبض العين حيث ملك الوكيل بقبض الدين الخصومة عند أبي حنيفة فالوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فانتصب خصما بخلاف الوكيل بقبض العين لكونه وكيلا باستيفاء عين حقه فلم يكن وكيلا بالمبادلة فصار رسولا وأمينا محضا فلهذا لا ينتصب خصما انتهى (قوله فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه) لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين عيني (قوله وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهو الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادعى به لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فتقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد عيني لا في حق ثبوت العزل (قوله استحسانا) والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده بحر (قوله ولو أقر الوكيل الخ) اطلقه وهو مقيد بغير الحد والقود كما في التنوير وغيره فلا يصح اقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة وشمل اطلاقه

لا يملك القبض) وهو قول زفر وعليه
الفتوى وعند علمائنا الثلاثة يملك
القبض (و) الوكيل (بقبض الدين
يملك الخصومة) عند أبي حنيفة حتى
لو أقام المدعى عليه البينة ان رب
الدين استوفى منه أو أبرأه تقبل بينته
وقالا لا يكون خصما وهو رواية عن
أبي حنيفة (و) الوكيل (بقبض العين
لا) يملك الخصومة (فلو برهن ذو اليد
على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه)
من ذي اليد (وقف الامر حتى يحضر
الغائب) استحسانا أي اذا وكل رجل
رجلا بقبض عبد له وغاب فأقام
ذو اليد بينة انه اشتراه من الذي وكله
بالقبض لم تقبل بينته في اثبات الشراء
وتسمع هذه البينة لدفع الخصومة
فيتوقف حتى يحضر الموكل (وكذا
الطلاق والعتاق) يعني لو كان
التوكيل بنقل المرأة والمملوك من
بلد الى بلد فأقامت المرأة بينة على
الطلاق أو المملوك على العتاق
لا تقبل على اثبات الطلاق أو العتاق حتى يحضر
الغائب وتقبل في قصر يد الوكيل
(ولو أقر الوكيل بالخصومة) فأقر
أي ان وكل وكيلا بالخصومة فأقر
الوكيل

مالوكان وكيل المدعى اوالمدعى عليه كما فى النهاية (قوله على موكله) بالقبض أوالابراء ان كان من قبل المدعى أو بلزوم المال ان كان من قبل المدعى عليه حموى (قوله بالخصومة) قيدبها للاحتراز عن الوكيل بغيرها كالوكيل بالصلح حيث لا يصح اقراره مطلقا (قوله الا انه يخرج عن الوكالة بهذا الاقرار) حتى لا يدفع اليه المال وان برهن بعده على الوكالة للتناقض درعن الدرر لكن انما يخرج عن الوكالة اذا أقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء وقول الحموى رحمه الله فى غير مجلس القضاء يتعلق بالاقرار لا بقوله أقيمت ووجه الخروج عن الوكالة بالاقرار على موكله فى غير مجلس القاضى ان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بانه ليس له ولاية الخصومة فيقبل فى حق نفسه لا فى حق الموكل كالاب والوصى اذا أقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية فى ذلك المال زيلعى (قوله وقال أبو يوسف يصح اقراره الخ) لانه نائبه فيصح اقراره كاقراره بنفسه وانما وجد ولهما انه وكيل بجواب الخصم بطريق المجاز والجواب المعتبر فى الحكم هو الجواب فى مجلس القاضى لا فى غيره ولو استثنى الموكل بالخصومة الاقرار فعن أبى يوسف لا يصح لانه يكون وكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فلا يصح التوكيل به وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه فى الطالب دون المطلوب ووجه الفرق ان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل فى شئ دون شئ على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب وفى الدر عن البزازية اذا قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار صح التوكيل والاستثناء ولم يقيده بالطالب فمقتضاه صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة سواء كان التوكيل من الطالب أو المطلوب وبه صرح الزيلعى وفرع فى التنوير على صحة استثناء الاقرار فقال فلو أقر عنده اى القاضى لا يصح وخرج عن الوكالة فلا تسمع خصومته وعزاه شارحه الى الدرر وكما يصح استثناء الاقرار يصح التوكيل بالاقرار كما فى التنوير والحاصل انها على خمسة اوجه بحر عن الذخيرة الاول ان يوكل بالخصومة فيصير وكيلا بهما الثانى ان يستثنى الاقرار فيكون وكيلا بالانكار فقط الثالث عكسه فيصير وكيلا بالاقرار فقط فى ظاهر الرواية لان الموكل ربما يضره الانكار بان كان المدعى به امانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار فيكون وكيلا بهما الخامس ان يوكله بها غير جائز الاقرار ففيه اختلاف المتأخرين وفى الخلاصة ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الاقرار موصولا صح ومفصولا لا يصح ولو استثنى الاقرار والانكار فقيل لا يصح لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت بحر عن البزازية وفيه عن النهاية ويصح التوكيل بالاقرار ولا يصير به مقرا (قوله وهو القياس) لانه مأمور بالخصومة عنه فى مجلس القاضى وما أتى به من الاقرار جواب فلا يصح ولنا ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو مطلق الجواب اقرارا كان أو انكارا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق فى مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل فى مجلس الحكم (قوله وبطل توكيل الكفيل بمال) فلو قبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو ابرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كالوكيل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز وتقييد الكفالة بالمال للاحتراز عما لو كان كفيلا بالنفس حيث يصح توكيله بالخصومة لان الواحد يقوم بهما عينى وزيلعى (قوله لا يكون وكيلا فى ذلك ابدا) كما لا يصح لو وكله بقبضه أى الدين من نفسه أو عبده لان الوكيل متى عمل لنفسه بطلت وكذا لو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح تنوير وشرحه ومثله فى البحر عن القنية ونصه وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وايفاء الثمن الى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة ان يكون قاضيا ومقتضيا انتهى فان قيل يرد عليه توكيل المدين بابراء نفسه فانه صحيح مع انه عامل لنفسه يجاب بانه تمليك لا توكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك فانه تمليك حتى تقيد بالمجلس لا توكيل لكن فى الدر عن الاشباه له عزله قبل ابرائه

نفسه

على موكله بالخصومة (عند القاضى أو) أى وان أقر (صح) اقراره عليه (و) (الا) أى (لا) يصح اقراره (فى غير مجلس القضاء) استحسانا الا انه يخرج (عليه عندهما) (من الوكالة) (وقال أبو يوسف) يصح (اقراره عليه) وان اقر فى غير مجلس (القاضى) (وقال زفر والشافعى) لا يصح (فى الوجهين) وهو قول أبى يوسف اولا (وهو القياس) (وبطل توكيل الكفيل بمال) أى لو كان لرجل على رجل مال فكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض المال من المطلوب لا يكون وكيلا فى ذلك ابدا

نفسه فلو كان تمليكا لم يملك عزله الا ان يجاب بانه ليس بتمليك محض فان قلت اذا تكفل بما توكل بقبضه صحت الكفالة وبطلت الوكالة فكان ينبغي ان لا يصح توكيل الكفيل بالمال وتبطل الكفالة قلت انما صح تكفيل الوكيل لان الكفالة أقوى لكونها لازمة فكانت ناسخة بخلاف العكس كما في الزيلعي لكن قوله فكانت ناسخة يقتضي كون الكفالة بعد الوكالة مع ان ذلك لا يتعين ففي التنوير الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الوكالة أو تأخرت (تتمة) الرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج يصح ضمانهم لان كلا منهم سفير ومعبر بخلاف وكيل البيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري حيث لا يجوز لانه يصير عاملا لنفسه كذا في الدرر فالعجب من الشرنبلالي حيث استشكل احدى المسئلتين بالاخرى فقال بعد قوله والوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن الخ يشكل عليه وكيل الامام ببيع الغنائم الخ ولم يتنبه لما بين يديه من الفرق الذي ذكره في الدرر وهو ان الوكيل ببيع الغنائم سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) فلو قال له لا تقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر لمخالفته له فلم يصر وكيلا وللآمر الرجوع على الغريم بكله وكذا لا تقبضه درهما دون درهم تنوير وشرحه (قوله أمر بدفعه) المراد بامره جبره كما في البحر عن السراج لانه اقرار على نفسه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره فلا يثبت الايفاء بمجرد دعواه قال الزيلعي وفي المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المدين يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله كما لا بد للرسول من الاضافة الى المرسل والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم انتهى واجاب قاضي زاده بما حاصله ان هذا مسلم في الرسول المحض وهنا ليس كذلك فاذا له المخاصمة وقول الزيلعي وفي المسئلة نوع اشكال الخ قال في البحر وقد تقدم ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة والتملك فلا اشكال في صحة التوكيل به وبه سقط ما في الذخيرة وقول الزيلعي وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص الخ نعلة عما قدمه (قوله فلا شئ على الغريم) جواب قول المصنف فان حضر الغائب حموي (قوله والا دفع اليه الخ) اذ لم يثبت الاستيفاء لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء فلم يصر قبضه قبض الطالب فبقي الدين في ذمة الغريم كما كان درر وعزمي زاده (قوله ورجع به الخ) لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه اطلق في البقاء فشمل البقاء الحكمي بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله ولهذا قال في الخلاصة وان استهلكه ضمن مثله فان ادعى الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلف على ذلك واذا مات الموكل و ورثه غريمه او وهبه له وهو قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه كلها ان كان موجودا وان كان هالكا ضمنه الا اذا صدقه على الوكالة بحر واذا انكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله فان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة انه لا يحلف لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة عيني وهو بظاهره يقتضي ان عدم تحليفه رواية عن الامام وظاهر ما في البحر عن البزازية انه مذهبه (قوله لا يرجع) لانه بتصديقه اعترف بانه محق في القبض وهو اي الغريم مظلوم في أخذ رب الدين منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره درر وعزمي زاده فان قلت يرد على هذا ان أحد الابنين اذا صدق المديون في دعواه الايفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فان للمديون الرجوع على المصدق بالنصف ان كان للميت تركة غير الدين مع انه في زعمه ان المكذب ظالم قلت اجيب بان الرجوع على المصدق لكونه اقر على ابيه بالدين منح الغفار (قوله الا اذا ضمنه) او قال له قبضت منك على اني ابرأتك من الدين فهو كالو

(ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض
دينه وصدقه الغريم) أي المديون
(أمر بدفعه اليه فان حضر الغائب
وصدقه) أي صدق الغائب الوكيل
في دعوى الوكالة فيه فلا شئ على
الغريم (والا) أي وان لم يصدقه
في ذلك (دفع اليه) أي الى رب المال
العريم الدين (ثانيا ورجع) الغريم
(به على الوكيل لو) كان المدفوع
(باقيا) في يده (وان ضاع لا) يرجع
(الا اذا ضمنه عند الدفع

قال الاب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك على انى ابرأتك من مهر بنتى فان اخذته البنت ثانيا رجع الختن على الاب فكذا هذا تنوير وشرحه عن البزازية واعلم ان معنى قوله الا اذا ضمنه أى ضمنه المأخوذ ثانيا فيصح ضمانه حينئذ لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ماغصبك فلان فعلى واما أخذه الوكيل فلا يصح ضمانه لانه امانة فى يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تصح الكفالة بها على ما ر شيخنا (قوله اولم يصدقه) معطوف على ضمنه أى اذا لم يصدقه فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وفى الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة هداية وذكر فى جامع الفصولين قولين فى الاسترداد من الفضولى وكذا لو أقام الغريم البينة انه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لم تقبل ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما اوجبه للغائب ولو اقام البينة ان الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر (قوله بان سكت اوكذب) يشير به الى ان عدم التصديق لا يختص بالتكذيب بل يشمل السكوت (قوله فأنا ضامن به) اى بالدين الذى يأخذه منك رب الدين ثانيا أو رجع عليك ولا يصح جعل مرجع الضمير فى كلام الشارح هو قوله بذلك المال لما قدمناه (قوله لم يؤمر بالدفع الخ) لانه اقرار بمال الغير بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع لانه اقرار بمال نفسه اذ الدين يقضى بمثله لا بعينه فلو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع لا يضمن ولو سلمها له فهلكت فى يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع وله تحليفه انه ما وكله فان نكل برئت ذمته وان حلف ضمن ولا يرجع على الوكيل لان فى زعمه ان المودع ظالم بتضمينه والمظلوم لا يظلم الا اذا ضمنه عند الدفع كما مر فلو دفع له ولم يصدقه على الوكالة يرجع عليه مطلقا كانت العين موجودة اولا ولو كانت قائمة اخذها فى كل الوجوه لانه ملكها بالضمان ولو أراد استردادها لم يملكه واختلفوا فى الملتقط لو اقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع اليه بحر عن القنية بقى ان يقال قول المصنف لم يؤمر بالدفع اليه هو المشهور خلافا لابن الشحنة كما فى الدر ومنه يعلم ان ما ادعاه السيد الحموى من انه لا يؤمر بالدفع اليه اجماعا فيه نظر (قوله وترك ميراثا) لو قال وترك ميراثا او وصية له لكان اولى لان الموصى له منزل منزلة الوارث عند عدمه ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ان يكون له وارث آخر ولا بد فى دعوى الوصية من قوله لم يترك وارثا والا لم يكن ذو اليد خصما والدين كالوديعة بل اولى أما الايصاء فكالوكالة فليس لمودع الميت ومديونه الدفع الى مدعى الايصاء ولو صدقاه الا ببينة ولا يبرآن بالدفع قبل ثبوت انه وصى ولو لا وصى فدفع الى بعض الورثة برئ عن حصته خاصة بحر عن جامع الفصولين وقوله والدين كالوديعة يعنى اذا ادّعى ان رب الدين مات وترك ميراثا له وصدقه المدين أمر بالدفع اليه (قوله ولا وارث له غيره) لم يذكره صاحب الدرر وتعقبه عزمى زاده بانه اسقطه من لفظ الكافى ولا بد من ايراده انتهى (قوله وصدقه) قيد به لانه لو انكر موته اوقال لا ادرى لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة بحر (قوله دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث قال فى البحر واطلق فى دفعها الى الوارث وهو مقيد بما اذا لم يكن على الميت دين مستغرق بحر عن جامع الفصولين وكذا يضمن ان لم يكن مستغرقا ودفع الى الوارث بلا امر القاضى على ما يستفاد من سياق كلام البحر معزيا الى جامع الفصولين ايضا (قوله فادعى الغريم ان رب المال اخذه) اوابرأه اوادعى اقراره بانه ملكى كما فى الدر فلو ابدل المصنف قوله ان رب المال أخذه بقوله ما يسقط حق موكله كما فى التنوير لكان اولى (قوله دفع المال) لان جوابه تضمن اقراره بالوكالة والدين ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه وله تحليف الموكل لا الوكيل لان النيابة لا تجرى فى اليمين ولو برهن على الايفاء قبل اذ الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة بخلاف وكيل اجارة الدار وقبض الغلة اذا ادعى بعض السكان انه عجل الاجرة لموكله او برهن توقف حتى يحضر الغائب بحر عن جامع الفصولين والفرق ان هذا وكيل

أو لم يصدقه) أى المديون الوكيل (على الوكالة) بان سكت اوكذب (ودفعه اليه على ادعائه) ولفظ الغريم (ضمنه) مروى بالتشديد والتخفيف فمعنى التشديد يدهوان يجعل المديون الوكيل ضامنا فالمستكن فى ضمنه مسند الى المديون والبارز راجع الى الوكيل ومعنى التخفيف وان يقول الوكيل للمديون لو رجع عليك رب الدين ثانيا بذلك المال فانا ضامن به فالمستكن مسند الى الوكيل والبارز الى المديون (ولو قال) رجل (انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه) أى الوكيل (المودع) وكذا فيما ادعاه (لم يؤمر بالدفع اليه ولو ادعى الشراء) أى لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها (وصدقه) المودع فيما ادعى (ولو ادعى) رجل (ان المودع مات وترك ميراثا له) ولا وارث له غيره (وصدقه) المودع (دفع) الوديعة (اليه فان وكله بقبض ماله فادعى الغريم ان رب المال أخذه دفع المال) الى الوكيل (واتبع) المديون (رب المال واستحلفه) أى المديون (رب المال على أخذه واستيفائه (وان وكله بعيب فى أمة) أى ان وكله برد جارية بسبب عيب فيها (فادعى البائع رضى المشترى

في العقد فحق القبض له اصالة فلو ثبت على الغائب كان حكما على الغائب ابتداء وفي المسئلة السابقة هو وكيل القبض فقط والدين لم يثبت بعقده حموى عن المقدسي (قوله لم يرد عليه الخ) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض زيلعي فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا البائع اتفاقا في الاصح لان القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنا تنوير وشرحه عن النهاية (قوله يتحد الجواب في الفصلين) لان التدارك ممكن لبطلان القضاء لان القضاء بالخطأ لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما (قوله وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يؤخر في الفصلين) لان مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب على البائع مالم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشتري وحلفه زيلعي (قوله لينفقها على اهله) او بنائه او لقضاء دينه او للشراء او للتصدق عن زكاته كذا اطلقه في التنوير وشرحه وفصل في البحر في مسئلة التوكيل بالشراء ونصه عن الخلاصة والوكيل بالشراء اذا اشترى ما امر به ثم انفق الدراهم بعدما سلم الى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز ثم نقل عن البزازية ان التفصيل هو المختار واما الوكيل ببيع الدينار اذا امسك الدينار وباع ديناره لا يصح عزاه في البحر الى الخلاصة (قوله فانفق عليهم عشرة من عنده) هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة بحر عن النهاية قال ولو قال المصنف والوكيل بالانفاق او القضاء او الشراء او التصدق اذا امسك المدفوع اليه ونقد من ماله حال قيامه لا يكون متبرعا اذا لم يضف الى غيره لكان اولى ولو انفق الوصي من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع الا ان يشهد عليه انه قرض او انه يرجع انتهى معزيا الى جامع الفصولين واقول فيه مخالفة لما في الدرر آخر الكتاب من الوصايا حيث قال بعد كلام وكذا الوصي اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه فانه لا يكون متطوعا وذكر في الفتاوى الخانية ما نصه فرق بين الوالد والوصي اذا ادى الثمن من مال نفسه لا يحتاج الى الاشهاد والاب يحتاج لان الغالب من حال الوالدين انهم يقصدون الصلة والتبرع فيحتاج الى الاشهاد وكذا الاب اذا قضى مهر امرأة ابنه ان لم يشهد لا يرجع وكذا الام اذا كانت وصية ان لم تشهد عند اداء الثمن لا ترجع انتهى (قوله والقياس ان يكون متبرعا) لان الدراهم تتعين في الوكالة ولانه خالفه وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه لانه لا يستصحب مال الآمر في كل مكان ويتفق له ما امر به من غير قصد فيشتريه فلم يكن متبرعا تحقيقا لقصد الآمر ونفيا للحرج عن المأمورين حموى

(باب عزل الوكيل)

(قوله وتبطل الوكالة بعزله) لانها من العقود الغير اللازمة كالعارية ولهذا لا يدخلها خيار شرط ولا يصح الحكم بها مقصودا وانما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم وبيانه في الدرر قبيل هذا الباب ويتفرع على عدم لزوم الوكالة من الجانبين ما ذكره في التنوير وشرحه حيث قال فللوكيل اي بالخصومة وشراء العين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله وشراء شئ بغير عينه كما في الاشباه عزل نفسه بشرط علم الموكل كما يشترط علم السلطان بعزل قاض وامير نفسهما (قوله ان علم به) ولو قبل وجود الشرط في المعلق

لم يرد) الامة (عليه) اي على البائع (حتى يحلف المشتري) انه لم يرض بالعيب وعند ابي يوسف ومحمد يتحد الجواب في الفصلين اي فصل الرد بالعيب وفصل الدين ولا يؤخر القضاء برد الجارية وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يؤخر في الفصلين (ومن دفع الى رجل عشرة لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) والقياس ان يكون متبرعا فيجب عليه رد ما قبض*
(باب عزل الوكيل)*
(وتبطل الوكالة بعزله ان علم) اي الوكيل (به)

به أي بالشرط به يفتي و يثبت بمشافهة وكتابة وارساله رسولا مميزا عدلا اوغيره حرا اوعبدا صغيرا أو كبيرا صدقه أو كذبه اذا قال الرسول ارسلني اليك لابلغك عزله اياك ولو اخبره فضولي فلابد من احد شطري الشهادة ومتى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا تنوير وشرحه (قوله اى بالعزل) اعلم ان للموكل عزله اى وقت شاء الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فانه لا يملك عزله كالوكالة المشروطة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة فى الرهن او بعده على الاصح فلو عزل العدل نفسه بحضرة المرتهن ان رضى به صح والا لا بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت من غير التماس الطالب ولهذا قالوا اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وفى الصحيح له عزله لان المرأة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد الوكالة وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول والصحيح اذا أراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة بعد لعزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه زيلعى ثم اعلم انه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح والفرق ان التوكيل يصح تعليقه بالشرط والعزل لا فاذا وكله لم ينعزل بحر عن الصغرى والصيرفية واعلم ان الوكالة المعلقة هى الحاصلة بقوله كلما عزلتك فانت وكيلى والمنجزة هى الحاصلة بقوله وكلتك بكذا قبل صدور المعلقة كذا بخط شيخنا وقد سها صاحب الدرر حيث ذكر ان المنجزة هى الحاصلة من كما قال العلامة عزمى وهو سهو وقع من قلم الناسخ لان المرأة لا حق لها فى الطلاق (قوله فان لم يبلغه العزل الخ) هذا اذا كان عالما بالوكالة فلو وكله ولم يعلم بها فله عزله وان لم يعلم به بحر عن البزازية قال وقيد بالوكيل لان عزل الرسول يصح بلا علمه انتهى وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل الغيبت توكيلى أو أنا برىء من الوكالة ليس بعزل بجحود الموكل الا أن يقول والله لا اوكلك بشئ فقد عرفت تهاونك فانه عزل تنوير واستدرك عليه فى الدر بما فى الزيلعى من الوصايا من ان جحوده عزل قال وحمله المصنف على ما اذا وافقه الوكيل على الترك لكن أثبت القهستانى اختلاف الرواية وعلله بان جحود ما عدا النكاح فسخ ثم قال وفى رواية لم ينعزل بالجحود انتهى قلت فعلى هذا كلام الزيلعى قد اختلف لتصريحه هنا بان الجحود ليس بعزل ونصه ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا ثم رأيت بخط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح ان الجحود يكون رجوعا قال وعليه الفتوى بعد ان حكى اختلاف الرواية فيما اذا جحد الوصاية هل يكون رجوعا ام لا (قوله وقال الشافعى ينعزل) لان الموكل بالعزل يسقط حق نفسه فينفرد به ولنا أن فى انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمى لان العزل فيه حكمى لضرورة عدم المحل زيلعى (قوله وموت أحدهما) الا الوكالة اللازمة اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء لا ينعزلان بموت الموكل بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق تنوير وشرحه قال والحاصل كما فى البحر ان الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الاهلية بجنون وردة وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الاهلية قلت فاطلاق الدرر فيه نظر انتهى (قوله أى جنون أحدهما) احسن من جعل العينى الضمير فى الجنون واللحوق للوكيل لما فيه من القصور (قوله مطبقا) بكسر الباء والعامة تفتح الباء على معنى اطبق الله عليه الجنون وعلى هذا فالاصل مطبق عليه فحذفت الصلة تخفيفا ويكون الفعل مما استعمل لازما ومتعديا بحر عن المصباح (قوله أى مستوعبا) وقيل دائما كذا قيل وأقول قال فى البحر فالمطبق أى الدائم كذا فى النهاية والبناية زاد فى البناية وقيل مستوعبا (قوله شهر) اعتبارا بما يسقط به الصوم عينى وبه يفتى شرنبلالية عن المضمرات وكذا فى القهستانى والباقانى وجعله قاضيخان قول أبى حنيفة وان عليه الفتوى (قوله وعنه أكثر من يوم وليلة) لانه

أى بالعزل فان لم يبلغه العزل لا ينعزل وقال الشافعى ينعزل (وموت احدهما وجنونه) أى جنون احدهما جنونا (مطبقا) أى مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء أى استوعبها واحد الجنون المطبق شهر عند أبى يوسف وعنه أكثر من يوم وليلة وعند محمد.

يسقط به الصلوات عينى (قوله حول كامل) لسقوط جميع العبادات به حتى الزكاة فقدر به احتياطا لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه أما مادون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت زيلعى وبحر (قوله ولحوقه) أى الحكم بلحوق أحدهما اما قبل الحكم فموقوفة عند الامام ونافذة عندهما ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها مالم يحكم بلحاقها الا ان ردتها الا تؤثر فى عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت تبطل لانها الا تملكه بنفسها واذا بطلت باللحاق من احدهما الا تعود بعوده مسلما على المذهب ومقتضاه انه لوافاق بعد جنونه مطبقا الا تعود بحر وقوله ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها مالم يحكم بلحاقها يقتضى بطلان وكالة الرجل بالردة ولا يتوقف على الحكم باللحاق فيناقض ما علله هو قبله عن ايضاح الاصلاح حيث قال والمراد بلحاقه ثبوته بحكم الحاكم وفيه عن التجنيس رجل غاب وجعل داره فى يد رجل ليعمرها فدفع اليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله ان يحفظ وليس له ان يعمر الدار الا باذن الحاكم لانه لعله قدمات ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته انتهى قال وبهذا علم ان الوكالة تبطل بفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ انتهى ورده العلامة المقدسى بان ظاهر ما فى التجنيس انه انما دفع المال ليحفظه وحينئذ فلا يدل على ما استنبطه فلقائل ان يقول لو دفعه ليعمر منه كان له ذلك وانما امتنع لعدم اذنه حموى (قوله وافتراق الشريكين) وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمى فلا يشترط له العلم زيلعى وما فى العينى من قوله وان لم يعلم الشريك به غير مناسب والمناسب وان لم يعلم الوكيل به كذا بخط الشيخ شاهين (قوله وسواء وكل كلاهما ثالثا أو احدهما) فان قلت فيه قصور لان كلام المصنف صادق بشيئين الاول ان ينعزل كل منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فينعزل بالافتراق الثانى ما اقتصر عليه الشارح من ان كلا منهما أو احدهما وكل من يتصرف فى المال فاذا افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل قلت انما حمل الشارح كلام المصنف على الثانى مع ان احتماله للاول أقرب لان فيه اشكالا من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه لانه عزل قصدى فكيف يتصور ان ينفرد به بدون علمه قال الزيلعى ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك المال لان او احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك اولم يعلما لانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة فان قلت هل جحود الشركة بمنزلة الافتراق قلت فيه اختلاف نقله السيد الحموى عن الولوالجية ونصه بعد ان حكى الاختلاف فى ان جحود الوصاية هل يكون رجوعا أم لا قال وعلى هذا الخلاف جحود الوكالة من الوكيل أو الموكل وجحود الشركة وجحود الوديعة من المودع وجحود المتبايعين وجحود المستأجرين والمراد بالمستاجرين فى كلامه المؤجر والمستأجر على طريق التغليب (قوله وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا) علم بذلك اولم يعلم هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات اما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه وقبض الوديعة فلا ينعزل بعجزوحجر لانهما لا يوجبان الحجر عن انشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه ولا تعود الوكالة بكتابة موكله ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون لم ينعزل زيلعى (تتمة) سئلت عن ناظر وكل وكيلا فى أمر الوقف ثم عزله القاضى هل ينعزل وكيله بعزله فأجبت أنه ينعزل أخذا من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها بحر (قوله وتصرفه بنفسه) اذا كان تصرفا يعجز الوكيل به عن الامتثال كما اذا وكله بطلاقها فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل اما ما لا يعجز به كما اذا طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها أخرى ولو ارتد الزوج او لحق وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة در فان قلت كيف يملك الوكيل ايقاع الطلاق بعد التحاق الموكل بدار الحرب ما بقيت العدة مع ما سبق فى المتن من انه ينعزل بلحوقه مرتدا قلت ذكر الزيلعى فى شرح قول المصنف

حول كامل وهو الصحيح (ولحوقه) حال كونه (مرتدا وافتراق الشريكين) أى وبطل الوكالة بفسخهما الشركة مطلقا سواء كانت الشركة مفاوضة أو عنانا وسواء وكل كلاهما ثالثا أو احدهما (وعجز موكله) عن بدل الكتابة (لو) كان الموكل (مكاتبا وحجره لو مأذونا وتصرفه بنفسه)

ولحوقه مرتدا ان المراد منه حكم الحاكم بلحاقه فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وأما قبل ذلك فموقوفة عنده وعندهما نافذة فيحمل ما ذكره في الدر على ما اذا صدر ذلك من الوكيل قبل حكم الحاكم بلحاقه (قوله أي اذا وكل رجلا بشئ ثم تصرف بنفسه الخ) من هنا أفتى شيخنا حين سئل عن امرأة وكلت شخصا في الخصومة فاصطلحت مع زوجها بانه انعزل عن الوكالة لعجزه عن التصرف الخ (قوله بطلت الوكالة) وتعود لو عاد اليه قديم ملكه كما لو كان وكيلا بالبيع فباع بنفسه فرد عليه بخيار شرط ا ورؤية مطلقا أو لفساد بيع وكذا لو رد عليه بخيار عيب بقضاء أما لو رد عليه بالاقالة أو بخيار العيب بالرضى لا تعود لانه في الاول عاد اليه قديم ملكه بالفسخ فتعود الوكالة بخلاف الثاني لانه رد بما لا يكون فسخا فكان بيعا في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تتعلق بالملك الاول وهذا ملك جديد (تتمة) باع الموكل والوكيل معا ولم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد وعند أبي يوسف يشتركان ويخيران (تكميل) باع الموكل العبد الموكل ببيعه فلم يعلم الوكيل بذلك فباعه الوكيل ايضا وقبض الثمن فهلك في يده ومات العبد قبل التسليم ورجع المشتري على الوكيل رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره الموكل أو اعتقه الموكل قبل بيع الوكيل او استحق او كان حر الاصل لانه صار معزولا من جهة الموكل ولو مات الموكل او جن يعني قبل بيع الوكيل لعدم علمه بموت الموكل وجنونه لم يرجع لعدم الغرور والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك في يده بعد ما وهبه الموكل للمدون ولم يعلم الوكيل لم يضمن بحر عن البدائع

(كتاب الدعوى)

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة درر لان الوكيل بالخصومة يحتاج اليها والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادّعى افتعل والمصدر ادّعاء افتعال والفها للتأنيث فلا تنون وتجمع على دعاوى بكسر الواو على الاصل وبفتحها محافظة على ألف التأنيث قيل الفتح أولى وقيل الكسر وقيل هما سواء ومثله الفتوى والفتاوى بحر عن المصباح وما في الكافي والعيني من انه بالفتح لا غير تعقبه عزمي بقوله وممن صححه بالفتح والكسر ابن الشحنة في شرح الوهبانية (قوله هي اضافة الشئ الى نفسه الخ) هذا في الشرع وفي اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه الخ مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة زيلعي فلو قال ليس لي هذا الشئ وليس هناك منازع لا يصح نفيه فلو ادّعاه بعد ذلك لنفسه صح وان كان ثمة منازع فهو اقرار بالملك للمنازع فلو ادعاه بعد لنفسه لا يصح وعلى رواية الاصل لا يكون اقرارا بالملك له بحر عن البزازية قال والتعريف المذكور في الكتاب خاص بدعوى الاعيان والديون فخرج عنه دعوى ايفاء الدين والابراء منه ورده العلامة المقدسي بان هذا انما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى وايضا اذا علم أن الديون تقضى بامثالها فالايفاء دعوى دين والابراء تمليك معنى انتهى وما في البحر من قوله ولم ار اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق فلو قال اشك او اظن لم تصح الدعوى انتهى غير محتاج اليه لما سيأتي في المتن من انه لا بد ان يقول واطال به حموي عن المقدسي (قوله وشرط جوازها) أي صحتها مجلس القضاء وحضور الخصم فلا يقضى على غائب وهل يحضر بمجرد الدعوى ان بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم والا حتى يبرهن او يحلف منية ومن الشرائط عقل المدعي والمدعى عليه ومعلومية المدعي وكونه مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمعروف النسب اولمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني وكدعوى فقير اموالا عظيمة على غني انه غصبها على ما استظهره في البحر قال في الدر وبه جزم ابن الفرس في الفواكه البدرية وكونها بلسان المدعي فلا تصح بلسان وكيله الا برضى خصمه عند الامام اذا لم يكن به عذر وفي البحر عن خزانة المفتين لو كان المدعي عاجزا عن الدعوى عن ظهر قلب فكتب دعواه في صحيفة وادّعى تسمع انتهى فما سبق من انه اذا عجز عن البيان يقبل منه التوكيل ولا يتوقف على رضى خصمه بالاتفاق يحمل على ما اذا عجز عن البيان حتى من الصحيفة وكونها ملزمة

أي اذا وكل رجلا بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة *(كتاب الدعوى)* (هي اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة) وشرط جوازها

فلا

فلا يصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لامكان عزله وعدم التناقض في الدعوى الا في الحرية والنسب كما اذا أقر بالملك لشخص ثم ادّعى الشراء منه قبله لا بعده او مطلقا وذكر في منية المفتي ان الخصم شرط لقبول البينة اذا أراد المدعي ان يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا أما اذا أراد ان يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب في يده لا يشترط حضرة الخصم فلا يحتاج القاضي الى نصب الوكيل انتهى هذا وقد قدمنا عن التنوير والدرر ان القضاء على الغائب ينفذ في اظهر الروايتين عن الامام وذكر في البحر انه اذا ادّعى حقا في التركة وأثبته بالبينة فانه يحلف من غير خصم ومن ادعى انه دفع للميت دينه ينبغي ان يحلف احتياطا وفي حاشية الاشباه عن المقدسي انه قال ولم أر أن هذا التحليف واجب أو مندوب اه قال شيخنا وقد سألني بعض الموالي بحضرة جمع حنفية انه لو حلف المدعي انه ما استوفى دينه ولا بعضه ولا احتال به فنكل ايقضى عليه بالاستيفاء بنكوله فقلت نعم فأورد بعض الحاضرين انه ليس هنا مدعى للاستيفاء فأجبته بانه مدعى عليه في ضمن دعواه وقوله ولم أر ان هذا التحليف الخ جزم ذلك المورد بوجوب اليمين أخذا من قولهم ان اخبار المجتهد بمنزلة اخبار الشرع وهو للوجوب الا لصارف قلت له غير مسلم اذ الصارف قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاستقام قول الشيخ المقدسي لم أر قال شيخنا ثم رايت بحمد الله تعالى في البحر عن الولوالجية ان تحليف المدعي مع اقامته البرهان فيما ذكر ونحوها مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى انتهى وقوله فأجبته بانه مدعى عليه في ضمن دعواه لان الشخص الواحد قد يكون مدعيا من وجه مدعى عليه من وجه آخر الا ترى الى قول القهستاني بعد قول المتن والمدعى عليه من يجبر على الخصومة حيث قال فلا يشكل بوصي اليتيم فانه مدعى عليه معنى اذا أجبره القاضي على الخصومة لليتيم انتهى وقوله اذ الصارف قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر يعني والمنكر هنا لم يكن مدعى عليه صريحا وان كان مدعى عليه ضمنا (قوله مجلس القضاء) فيه مناقشة فان شرط الشئ خارج عن ذلك الشئ وحضور مجلس القاضي مأخوذ في مفهوم الدعوى حيث عرفها في الدرر بانها مطالبة حق عند من له الخلاص شيخنا عن الوالي وأما على التعريف الذي ذكره في الكنز فلا ترد هذه المناقشة (قوله وحكمها وجوب الجواب) فلو سكت كان انكارا فتسمع البينة عليه الا انه يكون أخرس در عن الاختيار قال في البحر وزاد الزيلعي وجوب الحضور على الخصم وفيه نظر لان حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها انتهى واقول عبارة الزيلعي وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم واقامة البينة أو اليمين اذا أنكر انتهى فليس في كلام الزيلعي ما يفيد انه جعل وجوب الحضور حكما وغاية ما استفيد من كلامه ان القاضي لا يحضره بمجرد طلب المدعي بل بعد سماعه دعواه فان رآها صحيحة احضره لطلب الجواب والا فلا فتدبر وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات وشرعيتها ليست لذاتها كما في البحر عن العناية بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها انتهى ودليلها الكتاب والسنة والاجماع وركنها اضافة الحق الى نفسه عند النزاع لو اصيلا كلي عليه كذا أو اضافته الى من ناب المدعي منابه كوكيل ووصي تنوير وشرحه (قوله والمدعي) اسم فاعل من ادعى يدعي وأصله متدعي لان ثلاثيه دعى فنقل الى باب الافتعال فصار اتدعى وقلبت التاء دالا وادغمت الدال في الدال فصار ادعى وكذلك في باقي التصرفات من المضارع والامر والمصدر وانما ابدلت التاء دالا ولم يعكس لانها من المهموسة والدال من المجهورة فالاقوى لا يتحول الى الضعيف (تتمة) لما كان قوله والمدعي الخ متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه في الدرر بقوله من المتنازعين قولا ولما كان هذا متناولا للمتنازعين في المباحث احترز عنه بقوله في الحق أي حق العبد انتهى قال شيخنا ويخدشه انه اذا تضاربا وكان الظافر احدهما فانه يطلق عليه مدع مع انه اذا ترك لا يترك فاحتاج الى اخراجه بقوله من المتنازعين قولا انتهى (قوله أي لا يجبر على الخصومة اذا تركها) لان حق الطلب له

مجلس القضاء وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه (والمدعى من اذا ترك ترك) أى لا يجبر على الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه بخلافه)

فاذا تركه لا سبيل عليه عيني (قوله أي يجبر على الخصومة) ظاهره ان الخيار للمدعي في تعيين القاضي لو في البلدة قاضيان الا ان المفتى به ان الخيار للمدعى عليه وهو مذهب محمد درعن البزازية وفي الخانية لو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محل على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما في محلة والآخر في محلة اخرى والمدعي يريد ان يخاصمه الى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد والصحيح ان العبرة لمكان المدعى عليه وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا وعبارة البزازية قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما ان يذهب الى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى قال في البحر وهو باطلاقه شامل لما اذا أراد المدعي قاضي محلة المدعى عليه والمدعى عليه بالعكس وما اذا تعددت القضاة من المذاهب الاربعة وكثروا كما في القاهرة فأراد المدعي قاضيا شافعيا مثلا والآخر مالكيا مثلا ولم يكونا من محلتهما فان الخيار للمدعى عليه وهذا هو الظاهر وبه أفتيت مرارا كثيرة انتهى ورده العلامة المقدسي بانه غير صحيح أما اولا فان النص المنقول من البزازية ليست على الاطلاق الذي ادعاه وبنى عليه فتواه بل على ما قيده من ان كلا من المتداعيين يطلب المحاكمة عند قاضي محلته وعلى تقدير ان في نسخة منها اطلاقا فهو محمول على التقييد المصرح به في العمادية والخانية وغيرهما فان الذي ولاه خصه بتلك البلدة أو بتلك المحلة ولهذا قال في جامع الفصولين اختصم غريبان عند قاضي بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم أقول ولا يحتاج الى هذا الآن لان القضاة يفوض لهم الحكم على العموم في كل من هو في بلدهم أو قريتهم التي يتولون القضاء بها ولهذا قال في الفصول العمادية بعد ذكر المسئلة مقيدة بما ذكرنا وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي انتهى فهذا دليل واضح على ان المعتبر هو الولاية فالسلطان لما ولى قاضيا ببلدة أو محلة مخصوصة خصه باهل تلك البلدة فليس له ان يحكم على غيرهم ومعلوم ان قاضي مصر لما ولي لم يخص حكمه باهل مصر بل بمن هو فيها من مصري وشامي وحلبي وغيرهم فينبغي التعويل على قول أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعي والمدعى عليه وان ما ذكره المتأخر يعني العلامة زينا لا وجه له حموي عن المقدسي (تتمة) سئل قارى الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره فأجاب لا يجبر المدعي على الدعوى لان الحق له انتهى قال في البحر ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض والفرق بينهما ظاهر فانه في الاول يدعي انه ان كان له شئ عليه يدعيه والا يشهد على نفسه بالابراء وفي الثاني يدعي انه يتعرض له في كذا بغير حق فيطالبه بدفع التعرض انتهى (قوله هذا حد صحيح) صوابه هذا فرق صحيح حموي (قوله علم جنسه وقدره) بالاجماع لان الغرض الزام المدعى عليه عند اقامة البينة ولا الزام فيما لا يعلم جنسه وقدره قال في البحر وأشار باشتراط معلومية الجنس والقدر الى انه لابد من بيان الوزن في الموزونات ودعوى المجهول لا تصح الا في الابراء وقال في البحر ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما في الخانية اذا اشهدوا انه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن في أي ثوب كان وكذلك في الغصب اه قال والحاصل انه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن الخ (قوله والمدعى به خطأ) كذا في الكافي والمغرب وفي طلبة الطلبة ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان تتكلم به المتفقهة الا انه مشهور فهو خير من الصواب المهجور حموي وحينئذ يستغنى عما قيل من ان الادعاء يضمن معنى الاخبار فيعدى بالباء (قوله كلف احضارها) اطلقه وهو مقيد بما لا حمل له ولا مؤنة اما ماله حمل ومؤنة فانه لا يجبر على احضاره وتفسير الحمل والمؤنة كونه بحال يحمل الى مجلس القاضي باجر لا مجانا وقيل ما امكن حمله بيد واحدة فهو مما لا حمل له ولا مؤنة وقيل ما يحتاج في نقله الى مؤنة كبر وشعير مما له حمل لا ما لا يحتاج الى

مؤنة

فاذا ترك الخصومة اذا تركها أي يجبر على الدعوى حتى حد صحيح (ولا تصح الدعوى حتى يدعي) المدعي (شيئا علم جنسه) بان قال حنطة مثلا (وقدره) بان قال عشرة أقفزة مثلا (فان كان) المدعى (عينا) وهو المال والمدعى به خطأ (في يد المدعى عليه كلف) المدعى عليه (احضارها) ليشير المدعي اليها (وكذا في الشهادة والاستحلاف) أي يكلف المدعى عليه باحضار المدعي ليشير الشهود بأداء الشهادة والقاضي عند الاستحلاف والمدعى عليه عند الحلف هذا اذا امكن احضار العين في مجلس القضاء كالثياب والعبيد

وان كان مما يتعسر نقلها كالرحى والخشبة الثقيلة ونحوهما

حضر عنده الحاكم أو بعث أمينا ليسمع شهادة الشهود عند حضرة الرحى فاذا سمع يخبر القاضي بذلك فيقضي القاضي باخبار امينه وحده كذا في القنية ومثله في الخانية (فان تعذر) احضارها بان لم تكن حاضرة (ذكر قيمتها) وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة فيها وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكره ان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصبت مني عين كذا ولا أدري انه هالك أو قائم ولا أدري انه كم كانت قيمته ذكر في عامة الروايات انه تسمع دعواه (وان ادعى عقارا ذكر حدوده) الاربعة مطلقا سواء كان مشهورا أولا واليه مال أبو حنيفة وهو ظاهر الرواية وقيل ان كان مشهورا كدار الوليد بالكوفة ودار الفضل ببخارى يكتفي بذكرها دون الحدود وهو دونها (وكفت ثلاثة) أي لو ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها خلافا لزفر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختل الدعوى (و) ذكر (اسماء اصحابها) وانسابهم (ولا بد من ذكر الجد) أي ذكر جد صاحب الحد (ان لم يكن صاحبه (مشهورا) وان كان مشهورا يكتفي بذكره (و) ذكر (انه) أي العقار (في يده) أي في يد المدعى عليه ولا يحتاج الى هذا القيد في المنقول لانه مشاهد في اليد (ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما) بان ذكر المدعي ان العقار المدعى في يد المدعى عليه وصدق المدعى عليه في ذلك (بل) تثبت اليد (ببينة أو علم قاض) في الصحيح قال بعض المشايخ يكفي التصديق (بخلاف المنقول) فانه تثبت فيه اليد بتصادقهما

مؤنة كمسك وزعفران وقيل ما اختلف سعره في البلدان مما له حمل ومؤنة لا ما اتفق بحر (قوله وان كان مما يتعسر نقله) كذا في بعض النسخ وفي بعضها وان كان مما يتعذر وهو الظاهر اذ الذي يقابل الممكن انما هو المتعذر لا المتعسر حموي وأقول المراد بالممكن ما لا مؤنة في نقله لا ما يمكن مطلقا لئلا يلزم تكليفه الاحضار مع الامكان ولو فيما له حمل ومؤنة مع انه لا يلزمه وحينئذ فالتعبير بالمتعسر انسب على ان المراد بالتعذر هنا التعسر بان كان في نقله مؤنة وان قلت كما في الدرر عن ابن الكمال (قوله كالرحى والخشبة) وكذا اذا كان المدعى وديعة لا يجبر على احضارها لان الواجب فيها التخلية لا النقل (قوله بان لم تكن حاضرة) صوابه بأن لم تكن قائمة بهلاكها أو غيبتها حموي (قوله ذكر الذكورة والانوثة) يعني في الحيوان واختاره في الاختيار وشرط الشهيد بيان السن أيضا در (قوله وصاحب الذخيرة فيها) زاد فيها الدفع ما عساه ان يتوهم من عدم ذكره في الذخيرة بل في موضع آخر (قوله وان لم يبين القيمة وقال غصبت مني الخ) واذا صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلان يصح ذا بين قيمة الكل جملة فيما اذا ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وان لم يذكر قيمة كل على حدة بالطريق الاولى وقيل في دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا فاما في غيره فلا يشترط وفي دعوى الايداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل أولا وفي الغصب ان له حمل فلا بد من بيانه لصحة الدعوى والا لا تنوير وشرحه (قوله ذكر في عامة الروايات الخ) قال في الكافي لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به قال في الدرر وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة ترتب اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق انتهى أقول في هذا التحقيق نظر لما صرح به قاضيخان عن شمس الائمة الحلواني ان الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف الا اذا اتهم القاضي وصي اليتيم او قيم الوقف انتهى وحينئذ لا يتم ما ذكره والحق ان هذه الدعوى والبينة تقبل في حق الحبس فيحبس المدعى عليه حتى يحضره لتشهد البينة على عينه فلو قال لا اقدر عليه حبس قدر ما لو قدر احضره ثم يقضي عليه بقيمته يعني بعد الجبر على بيان القيمة وفي الخانية قدر الحبس بشهرين حموي (قوله انه تسمع دعواه) فالجهالة في الدعوى وفي الشهادة تمنع الصحة الا في الغصب والسرقة والرهن كما في الاشباه بغير هذا اللفظ وبهذا يتأيد ما سبق عن الدرر ولا يتم حينئذ ما ذكره السيد الحموي في الرد عليه بكلام قاضيخان (قوله وان ادعى عقارا) اعلم ان البناء والنخل من المنقولات وانه لا شفعة فيهما اذا بيعا بلا عرصة فان بيعا معها وجبت فيهما تبعا وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار بحر وقوله لا شفعة فيهما اذا بيعا بلا عرصة يحمل على ما اذا لم تكن الارض محتكرة والا فالبناء بالارض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لانه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتي في الشفعة (قوله ذكر حدوده) والمصر والمحلة والموضع وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر والقرية لازم شرنبلالية (قوله سواء كان مشهورا أولا) الا اذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج الى ذكر حدودها تنوير كما لو ادعى ثمن العقار لانه دعوى الدين حقيقة در عن البحر (قوله وكفت ثلاثة) لان للاكثر حكم الكل زيلعي (قوله بخلاف ما اذا غلط الخ) لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركه ثم انما يثبت الغلط باقرار الشاهد دون المدعي وابن وظيره اذا ادعى شراء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروه ذكرا مختلفا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحدود في الدعوى يشترط في الشهادة لانه بها يصير معلوما للقاضي زيلعي (قوله في الرابعة) صوابه في الرابع (قوله ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما) لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم عيني (قوله بل ببينة الخ) لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته زيلعي وهذا اذا ادعى ملكا مطلقا اما في دعوى الغصب ودعوى الشراء من ذي اليد فلا يفتقر للبينة لان دعوى الفعل كما تصح

(و) ذكر (انه يطالبه) به ليجب على القاضي اعانته وقيل لان المطالبة حقه وفيه اشتباه وظني أنه لدفع احتمال التاجيل واعلم ان الدين اذا كان وزنيا لا بد أن يبين القدر والجنس كما مر في الكيلي واذا كان مضروبا فالا بد أن يبين نوعه نحو بخاري الضرب وان كان في البلد نقود مختلفة لا بد أن يبين نوعه وصفته بانه جيد او ردىء كذا في النهاية (به) أي ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالعقار أي بتسليمه اليه لانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده أو محبوسا بوجه شرعي في يده وانما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة ولهذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق كذا في الكافي فعلم من هذا ان هذا القيد يراد في المنقول أيضا (وان كان) المدعي (دينا) في الذمة (ذكر) المدعي (وصفه وانه يطالبه به) ولو ادعى الحنطة بالأمناء وبين أوصافها فقد قيل لا يصح (فان صحت الدعوى سأل) القاضي (المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (فان اقر) المدعى عليه (أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه) لكن في الأولى بالاداء فقط وفي الثانية بالاداء واللزوم فحينئذ لا يكون قضاء بل مجازا في الاولى حقيقة في الثانية (والا) أي وان لم يبرهن بان عجز عن البينة (حلف) القاضي المدعى عليه (بطلبه) أي المدعي الحلف وان لم يطلبه لا حلف عليه (ولا ترد يمين على مدع) مطلقا وقال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل برد اليمين على المدعي فان حلف قضى له والا لا

على ذي اليد تصح على غيره أيضا تنوير وشرحه عن البزازية (قوله وانه يطالبه به) وليس المراد لفظ واطالبه به بل هو وما يفيده من قوله مره ليعطني حقي واما اصحاب الفتاوى كالخلاصة جعلوا اشتراطه قولا ضعيفا فالصحيح على ما في الفتاوى عدم اشتراط المطالبة اصلا كذا بخط شيخنا (قوله ليجب على القاضي اعانته) الى قوله كذا في النهاية هذا وان عزاه الشلبي الى مسكين لا وجود له في غالب النسخ شيخنا (قوله وظني انه لدفع احتمال التأجيل) اذ يجوز ان يكون رهنا فيبقاؤه في يده مؤجل ببقاء الدين كذا بخط شيخنا (قوله فعلم من هذا ان هذا القيد) أي قيد المطالبة حموي (قوله ذكر وصفه) لانه لا يعرف الا به در (قوله ولو ادعى الحنطة الخ) ولا بد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب كما في التنوير فلو ادعى كر برديناعليه ولم يذكر سببا لم تسمع واذا ذكر ففي سلم اشتراط المطالبة في مكان عيناه وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه درعن البحر (قوله فقد قيل لا يصح) وقيل يصح كذا في النهاية لان المدار على المعلومية وان كانت بالوزن في المكيل شيخنا (قوله فان اقر أو انكر) ولو قال لا اقر ولا انكر حبسه حتى يقر او ينكر لانه ظالم فجزاؤه الحبس درر وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة قال في البحر وبه أفتيت لما ان الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء ثم نقل عن البدائع الاشبه انه انكار فيستحلف در (قوله قضى عليه) بلا طلب المدعي در (قوله حلف القاضي المدعى عليه) قيد بتحليف القاضي لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحلف لان التحليف حق القاضي كذا في القنية ولو اصطلحا على ان يحلف عند غير القاضي ويكون بريئا فهو باطل وكذا لو اصطلحا ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال وحلف لم يضمن بحر وتنوير (قوله بطلبه) اعلم انه لا تحليف الا بعد الطلب عندهما في جميع الدعاوى وعند أبي يوسف يستحلف بلا طلب في أربعة مواضع في الرد بالعيب يستحلف المشتري على عدم الرضا به والشفيع على عدم ابطاله الشفعة والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف انه لم يترك لها شيئا ولا أعطاها النفقة والرابع المستحق يحلف بالله تعالى ما بعت واجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث بحر وقوله بالله ما بعت فيه قصور والاولى ان يحلف بالله ماخرج عن ملكك ليشمل ما لو خرج عن ملكه بالبيع وغيره ثم اعلم ان المدعى عليه لا يجوز له الانكار مع علمه بالحق الا في دعوى العيب فان للبائع انكاره ليقيم المشتري البينة عليه فيتمكن من الرد على بائعه وفي الوصي اذا علم بالدين ذكرهما في بيوع النوازل شرنبلالية عن الاشباه (قوله أي المدعي) أشار به الشارح الى ان اضافة الطلب الى الضمير من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل بناء على ما ذكره حيث جعل الضمير للمدعي وهذا لا يتعين بل يحتمل عود الضمير للحلف وعليه فالاضافة من اضافة المصدر للمفعول فيكون التقدير بطلب الحلف وحذف الفاعل للعلم به (قوله وان لم يطلبه لا حلف عليه) لقوله عليه السلام لك يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهي اعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم زيلعي (قوله ولا ترد يمين على مدع مطلقا) أي سواء نكل الخصم اولم ينكل (قوله وقال الشافعي الخ) لان يمين المدعى عليه محققة ويمين المدعي غير محققة بل هي دليل على ظهور صدق دعواه فيحكم بها ولنا قوله عليه السلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعي ولانه عليه الصلاة والسلام قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة عيني وقوله ان الالف واللام للاستغراق لان لام التعريف تحمل على الاستغراق وتقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وقوله ليس وراءه شيء آخر أي ليس وراء الجنس شيء آخر من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي

لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل الاستدلال بالحديث من وجهين حموى عن تكملة قاضى زاده (قوله وكذا اذا اقام المدعى شاهدا واحدا الخ) لما روى انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ماروينا ه ومارواه ضعيف ردّه يحيى بن معين ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ماانكره الراوى فضلا عن ان يكون معارضا للصحاح المشاهير عينى (تتمة) طلب من القاضى ان يحلف المدعى انه محق او يحلف الشهود أنهم صادقون او محقون فى شهادتهم لا يجيبه ولو علم الشاهدان القاضى يحلفه له الامتناع عن اداء الشهادة تنوير وشرحه عن البزازية (قوله الاان يكون تاريخ ذى اليد أسبق) بخلاف مااذا ادعى الخارج الملك المطلق وذواليد الشراء من فلان وبرهنا وارخا وتاريخ ذى اليد اسبق فانه يقضى للخارج بحر عن الظهيرية (قوله امااذا ادعى ذواليد النتاج) لان بينة ذى اليد فى النتاج تثبت اولية الملك (قوله وأرخا تاريخا وتاريخ ذى اليد أسبق) مقتضى التقييد بسبق تاريخ ذى اليد انه عند عدم سبقه لا يقضى لذى اليد بل للخارج فعلى هذا لافرق فى انه يقضى لذى اليد عند سبق تاريخه وللخارج عند عدم السبق بين الملك المطلق وغيره فلا يكون التقييد بالملك المطلق فى كلام المصنف احترازيا حينئذ لما علمت من ان القضاء ببينة الخارج فى الملك المطلق مقيد بعدم سبق تاريخ ذى اليد وكذا القضاء ببينة ذى اليد فى غير الملك المطلق كالنتاج ونحوه مقيد بسبق تاريخه فلو حذف المصنف التقييد بالملك المطلق وأبدله بقوله ان لم يسبق تاريخ ذى اليد لكان اولى (قوله فان فى هذه الفصول تقبل بينة ذى اليد) بالاجماع اذا كان سببا لا يتكرر عينى مثل غزل القطن والكتان وحلب اللبن وان كان يتكرر كالبناء والغرس يقضى للخارج وان سبق تاريخ ذى اليد (قوله وقال الشافعى الخ) لان بينة ذى اليد تأكدت باليد فصار كما اذا أقاما البينة على النتاج وعلى نكاح امرأة والمرأة فى يد أحدهما فانه يكون اولى وكذا لوادعيا أمة وادعى كل واحد منهما انها أمته دبرها او اعتقها او استولدها وأقاما بينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا واظهارا لان قدر ما اثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واخويه وعلى الولاء الثابت بها زيلعى وبحر وقوله وعلى الولاء الثابت بها أى الثابت بالاعتاق واخويه فما فى بعض النسخ من تثنية الضمير تحريف (قوله يقضى ببينة ذى اليد مطلقا) أى فى الملك المطلق شيخنا لانه المختلف فيه بيننا وبين الشافعى لما سبق من انه فى غير الملك المطلق يقضى لذى اليد بالاجماع وعلى هذا فمعنى الاطلاق انه لا فرق عنده فى القضاء لذى اليد فى الملك المطلق بين ما اذا كان تاريخ ذى اليد أسبق ام لم يكن (قوله وقضى بمال المدعى) الاولى ان يقال بالمدعى حموى (قوله ان نكل مرة) لان النكول بذل او اقرار فيه شبهة البذل فلا يوجب شيئا الا بالقضاء بحر عن الزيلعى من باب التحالف ولابد ان يكون النكول فى مجلس القاضى وهل يشترط القضاء على فور النكول خلاف ولم أر فيه ترجيحا ولو قضى عليه بالنكول ثم اراد ان يحلف لم يلتفت اليه والقضاء على حاله درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا وعدها فى الاشباه سبعا بينة واقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة كان ظهر من دار خالية انسان خائف معه سكين ملوث بدم فدخلوها فورا فوجدوا مذبوحا لحينه اخذ به اذ لا يمترى احد انه قاتله ولو شك فيما يدعى عليه ينبغى ان يرضى خصمه ولا يحلف تحرزا عن الوقوع فى الحرام وان أبى خصمه الا حلفه ان اكبر رأيه ان المدعى مبطل حلف والا لا بزازية وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين المدعى عليه كما تقبل بعد القضاء بالنكول خانية وهو الصحيح لقول شريح اليمين الفاجرة أحق ان ترد من البينة العادلة ولان اليمين كالخلف عن البينة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف ويظهر كذبه باقامتها لو ادعاه بلا سبب حتى يحنث فى يمينه وان ادعاه بسبب فحلف انه لا دين عليه ثم أقامها على السبب لا يظهر كذبه لجواز انه وجد القرض ثم وجد الابراء أو الايفاء وعليه الفتوى درر عن الفصولين وغيرها (تتمة) الصبى العاقل المأذون له أن يستحلف ويقضى عليه بالنكول ولا يستحلف الاب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف

وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين على المدعى وان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له بشئ (ولا بينة لذى اليد فى الملك المطلق) أى لا تعتبر (وبينة الخارج أحق) وأولى يعنى لو ادعى خارج دارا أو منقولا ملكا مطلقا وذو اليد ادعاه كذلك وبرهنا ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا لا تقبل بينة ذى اليد ويقضى للخارج الا أن يكون تاريخ ذى اليد اسبق فحينئذ يقضى لذى اليد وقوله وبينة الخارج بيان لقوله ولا بينة لذى اليد والمراد بالمطلق ان يدعى ان هذا ملكى وسكت عن السبب اما اذا ادعى ذو اليد النتاج أو ادعيا تلقى الملك من واحد واحدهما قابض أو ادعيا الشراء وارخا تاريخا وتاريخ ذى اليد اسبق فان فى هذه الفصول تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا فى المبسوط لشيخ الاسلام وقال الشافعى يقضى ببينة ذى اليد مطلقا (وقضى) بمال المدعى (ان نكل) المدعى عليه (مرة) صريحا (بلا أحلف) أى بان قال لا احلف وهو النكول الحقيقى (او سكت) وهو النكول الحكمى اذا علم انه لم يكن من خرس أو صمم أو طرش فى الصحيح وعند الشافعى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فان حلف المدعى أخذ المال وان أبى انقطعت المنازعة بينهما

ادعى على آخر دينامؤجلا فأنكر لا يحلف في اظهر الروايتين ادعى على عبد محجور رحتنا يؤاخذ به بعد العتق فان انكر يحلف منية المفتي وقوله ولا يستحلف الاب الخ ليس على اطلاقه ففي البحر عن السراج ولا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم و المتولي للمسجد والاوقاف الا اذا ادعى عليهم العقد يستحلفون حينئذ انتهى وفيه عن الزيلعي اذا نكل المكاتب لا يلزم شئ لتمكنه من الفسخ بالتعجيز أي اذا نكل عن دعوى السيد الكتابة (قوله وعرض اليمين ثلاثا) يقول له في كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه (قوله وهو لازم في المروى عن أبي يوسف ومحمد) أي تكرار العرض ثلاثا لازم و يتفرع عليه ما في البحر عن الخانية حيث قال ولو ان المدعى عليه بعد ما عرض عليه اليمين مرتين استمهله ثلاثة أيام ثم مضت وقال لا احلف لا يقضى عليه حتى ينكل ثلاثا ويستقبل عليه اليمين ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال (قوله ولا يستحلف في نكاح) مجرد عن المال عند أبي حنيفة أما اذا ادعت المرأة انه تزوجها على كذا او ادعت النفقة وأنكر الزوج فحينئذ يستحلف اتفاقا وسيأتي انه بالنكول عن الحلف يثبت ما ادعته من الصداق او النفقة دون النكاح فان كان مدعى النكاح هو الزوج لم يجز له تزوج اختها و اربع سواها ما لم يطلقها وان كانت الزوجة وارادت التزوج فالخلص ان يقول الزوج ان كنت امرأتي فانت طالق فتطلق لو كانت امرأته ولا يلزمه مهر فان أبى اجبره القاضي بحر عن البدائع (تتمة) في القنية يستحلف في دعوى الاقرار بالنكاح قال في البحر وظاهره انه باتفاق (قوله بعد العدة) قيد به احترازا عما اذا ادعى الرجعة في العدة فانها تثبت بقوله وان كذبته لانه ادعى امرا علك استئنافه للحال منح الغفار وهذا أي جعل التقييد احترازا بالنسبة لما اذا كان المدعى هو الزوج فلو ادعت هي قبل العدة او بعدها ان صدقها تثبت الرجعة لتصادقهما والا فلا (قوله بعد المدة) قيد به لانه لو ادعى الفيء في مدة الايلاء ثبت بقوله وكذا يثبت اذا ادعاه بعد مضيها وصدقته منح الغفار (قوله بان ادعت امة على سيدها الخ) ولا يتأتى من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها وكذا الحد واللعان بخلاف سائر الاشياء المذكورة اذ يتأتى فيها الدعوى من الجانبين شيخنا عن الدرر وحموي زاده وقوله وكذا الحد واللعان أي لا يتصوران يكون المدعى الا المقذوف والامة أي المقذوف بالنسبة للحد واللعان والامة بالنسبة للاستيلاد فخارج الزيلعي من قوله والمولى سبق قلم والصواب والاستيلاد ان يقال ظاهر كلام الشارح كغيره انها ادعت الاستيلاد مجردا عن دعوى اعترافه والذي في صدر الشريعة ادعت انها ولدت منه هذا الولد وادعاه أي ادعت انه ادعاه فهو من تتمة كلامها كما ذكره أبو شلبي والذي يظهر ان التقييد به ليس احترازا بل يبتنى على ماهو المشهور من انه يشترط لثبوت نسب ولد الامة وجود الدعوى من السيد وعلى غير المشهور لا يشترط ذلك بل يكفي عدم نفيه وكذا ظاهر كلامهم ادعت امة يفيد الاحتراز عن دعوى الزوجة ويخالفه قول القهستاني بعد قول المتن واستيلاد بان ادعى احد من الامة والمولى او الزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا وميتا كما في قاضيخان ولكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لا تتصور لان النسب يثبت باقراره ولا عبرة لانكارها بعده ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما يدل عليه تصويرهم انتهى (قوله بان ادعى على مجهول النسب انه عبده الخ) وما في شرح العيني من قوله بان ادعى على مجهول النسب انه عبده أو ادعى مجهول النسب انه معتقه خلاف الصواب والصواب انه عبده اذ الكلام في دعوى الرق (قوله ونسب بان ادعى الخ) ثم اذا لم يستحلف المنكر عنده في النسب هل تقبل بينة المدعى ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينة مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينة مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده بحر عن السراج الوهاج (قوله بان ادعى على معروف النسب انه معتقه) أشار الى عدم الفرق في دعوى الولاء بين المعروف والمجهول بخلاف دعوى الرق

والنسب

(وعرض) القاضي (اليمين) على المدعى عليه (ثلاثا ندبا) وهو لازم في المروى عن أبي يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح (ولا يستحلف في نكاح) بان ادعى رجل على امرأة نكاحا والآخر ينكر (و) في (رجعة) بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها في العدة وأنكر الآخر (و) في (فيء) بان ادعى بعد المدة انه فاء في المدة وأنكر الآخر (و) في (استيلاد) بان ادعت أمة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد أو ولدا قد مات وأنكر الآخر (و) في (رق) بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول عليه انه عبده وأنكر الآخر (و) في (نسب) بان ادعى على مجهول النسب انه ابنه أو هو عليه والآخر ينكر (و) في (ولاء) بان ادعى على معروف النسب انه معتقه او مولاه أو ادعى المعروف ذلك عليه وهكذا في ولاء الموالاة والآخر ينكر هذه المسائل كلها عند أبي حنيفة

والنسب فان مجهولية نسب المدعى رقه ونسبه شرط صحة الدعوى شيخنا قلت ولهذا قال الشمنى فى جانب دعوى الولاء بان ادعى رجل على آخر ان له عليه ولاء عتاقة أو موالاة والعكس انتهى ولم يقيد بالمجهول وانما لا يحلف فى الاشياء الستة عنده لان النكول بذل واباحة اذ لو جعل على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو جعل بذلا انقطعت الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجرى فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص فى النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بينى و بينك ولكن بذلت نفسى لك لم يصح كلامها ولو قال فى دعوى الولاء عليه لست أنا مولاه و أنا حر او معتق فلان آخر ولكن أبحت له ولائى لا يكون له عليه ولاء وكذا سائر الامثلة فالحاصل أن كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله ومالا فلا والبذل قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم عناية وفى الدرر اشارة اليه وكلام الزيلعى يقتضى عدم اشتراط الدفع حيث قال ومعنى البذل ترك المنع وما فى البحر عن الظهيرية يشهد لما ذكره الزيلعى حيث فسره بترك المنازعة والاعراض عنها لا يقال ان ابا حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بلا رأى وهو لا يجوز لانه لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلاة لفوات المقصود عناية (قوله وعندهما يستحلف) لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحلف لما وجب فتركه دليل على انه باذل أو مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت فى نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج فأشبه حد القذف درر والجواب عن قول الصاحبين ان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل الخ ان يقال انما جاز من المكاتب والعبد والصبى المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن فى التجارة كالضيافة اليسيرة واعلم ان الاختلاف فى التحليف فى الاشياء المذكورة اذا لم يقصد بها المال كما اذا ادعت انه تزوجها وطلقها قبل الدخول وان عليه نصف المهر يحلف فان نكل قضى بنصف المهر اجماعا حموى عن البزازية ومثله فى الشرنبلالية عن المواهب وتحصل من كلامهم ان الاختلاف بين الامام وصاحبيه فى الاستحلاف وعدمه يبتنى على الاختلاف فى النكول هل هو بذل أو اقرار (قوله ادعت على زوجها انه قذفها بالزنا الخ) قصر التصوير على ما اذا كانت الدعوى من جانبها لما سبق من عدم تحقق الدعوى فى اللعان من الجانبين وكذا فى حد القذف ولهذا قصر الشارح الدعوى فيه على المقذوف حيث قال ادعى على آخر انك قد قذفتنى (قوله لا يستحلف اجماعا) يرد عليه ما فى البدائع من قوله وأما فى دعوى القذف اذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص فى الطرف عند أبى حنيفة وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف وقيل يحلف و يقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف و يقضى بالمال دون القطع شرنبلالية (قوله بالزنا) أى بزنا نفسه كما فى الدرر (قوله فادعى العبد انه قد زنى) وهل يصير العبد قاذفا مولاه بهذا الكلام فى أدب القاضى اشارة اليه فانه قال وقد أتى بالذى علقه عليه ولم يقل انه زنى تحرزا عن ذلك وذكر فى الحدود رجل قذف غيره فقال رجل آخر للقاذف هو كما قلت يصير الثانى قاذفا انتهى (قوله استحلف المولى) أى على السبب بالله ما زنيت بعدما حلفت بعتق عبدك هذا بحر عن الخانية (قوله قال القاضى الامام فخر الدين) الحسن بن منصور بن أبى القاسم محمود بن عبد العزيز الاوزجندى الفرغانى المعروف بقاضيخان صاحب الفتاوى تفقه على جماعة من الكبار منهم أبو اسحاق بن على المرغينانى وتفقه عليه جماعة من الكبار منهم ابو اسحاق شمس الائمة محمد بن عبد

وعندهما يستحلف فيها الا فى الحدود واللعان) (ولا) يستحلف فى (صورة اللعان ان امرأة ادعت على زوجها انه قذفها بالزنا وعليك اللعان وهو منكر وصورة الحد ادعى على آخر انك قد قذفتنى بالزنا وعليك الحد وهو منكر وفى الصورتين لا يستحلف اجماعا الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنا ولا بينة له عليه استحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا كذا فى أدب القاضى للصدر الشهيد (قال القاضى الامام فخر الدين) قاضيخان (رحمه الله)

الستار الكردري توفي يوم الاثنين خامس عشر شهر رمضان سنة خمسمائة واثنين وتسعين رحمه الله عيني (قوله الفتوى على انه يستحلف) واختار المتأخرون انه ان كان المنكر متعنتا يستحلف أخذا بقولهما وان كان مظلوما لا يستحلف أخذا بمذهب الامام زيلعي صورة الاستحلاف على قولهما ماهي بزوجة لي وان كانت زوجة لي فهي طالق بائن لانها لو كانت صادقة لا يبطل النكاح بجحوده فاذا حلف تبقى معطلة وقال بعضهم يستحلف على النكاح فان حلف يقول القاضي فرقت بينكما بحر عن الخانية (قوله وهي سبعة) يعني المختلف فيه فلا يرد انها تسعة باعتبار الحد واللعان لان عدم التحليف فيهما مجمع عليه عيني (قوله ويستحلف السارق الخ) قيد بحد السرقة لان غيره من بقية الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع بحر وحلف في التعزير كما في الدرر معللا بانه محض حق العبد وهذا التعليل موافق لما سيجيء منه في اوائل كتاب الصلح لكنه مخالف لما سبق منه في فصل التعزير من ان حق العبد غالب فيه ولهذا قال المولى عزمي فبين كلاميه تدافع ظاهر (قوله ضمن المسروق) لان المال يجب بالشبهة عيني (قوله ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه بالنكول والقطع وهو لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان بحر وقوله كما اذا شهد عليها أي على السرقة فيقضى بشهادة الرجل والمرأتين بالنسبة لضمان المال دون القطع (قوله اذا ادعت المرأة طلاقا) ولا فرق بين ان تدعي المهر أو نفقة العدة بحر عن الخانية (قوله والتقييد بقبل الوطء اتفاقي الخ) لكن فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الوطء هي تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان تكون الدعوى في كل المهر اونصفه وسواء كان دعوى المهر في صورة الطلاق أولا كذا في مفتاح الكنز حموي (قوله لان الاستحلاف يجري في الطلاق) أي بالاجماع كما ذكره الزيلعي وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة الخ وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل بخلاف المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير (قوله وجاحد القود) أي منكر القصاص بان ادعى عليه رجل قصاصا عيني (قوله هذا عند أبي حنيفة) لان النكول بذل وانما يجوز في الطرف ولا يجوز في النفس الاترى انه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شيء عيني والمنفي وجوب الضمان فلا ينافي انه اثم ولهذا قال في البحر ولو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان اعمالا للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وفي كيفية الاستحلاف على القتل روايتان في رواية يستحلف على الحاصل بالله ماله عليك دم ابنه أو أبيه أو وليه فلان وفي رواية يستحلف على السبب بالله ما قتلت بحر (قوله وعندهما يلزمه الدية فيهما) ولا يقضى بالقصاص لان النكول اقرار فيه شبهة فيصح لايجاب المال دون القصاص وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعي عيني (قوله ولو قال المدعي الخ) قيد بقوله المدعي لانه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف واقامة البينة بحر عن القنية (قوله حاضرة) فلو كانت خارج المصر يحلف بالاجماع عيني (قوله في المصر) قيد بالمصر وان كان اطلاق كلام المصنف متناولا لما لو كانت حاضرة في المجلس لانه المختلف فيه قال في البحر أطلق في حضورها فشمل حضورها في مجلس الحكم ولا خلاف انه لا يحلف وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف انتهى (قوله لم يستحلف) لان ثبوت الحق أي حق الاستحلاف مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا تكون حقه دونه عيني أي فلا تكون اليمين حقه دون العجز (قوله خلافا لابي يوسف ومحمد) لان اليمين حقه بالحديث الذي مضى ذكره فله ذلك اذا طلبه عيني وأراد بالحديث قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حين سأل المدعي فقال ألك بينة فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه لكن ظاهر قول العيني لان اليمين حقه بالحديث الذي مضى ذكره انه ذكره وليس كذلك وانما ذكره

الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء الستة) فان قيل كيف تكون هذه المسائل ستة وهي سبعة قلنا امومية الولد تابعة لثبوت النسب (ويستحلف السارق) اذا ادعى رجل على آخر انه سرق منه كذا (فان نكل) عن اليمين (ضمن المسروق (ولم يقطع) يده (و) يستحلف (الزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) والتقييد بقبل الوطء اتفاقي لان الاستحلاف يجري في الطلاق مطلقا (و) يستحلف (جاحد القود فان نكل في) قتل (النفس) فلا قصاص ولا دية ولكن (حبس حتى يقر او يحلف وان نكل (فيما دونه) أي فيما دون النفس (يقتص) منه هذا عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص (ولو قال المدعي لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب اليمين لم يستحلف) خلافا لابي يوسف ومحمد

الزيلعي فكانت هذه الحوالة غير صحيحة فان قلت يحتمل انه عني به ماذكره هو من قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الخ وقوله عليه الصلاة والسلام لو اعطي الناس بدعواهم الخ قلت لا يصح اذليس في هذين الحديثين ما يفيد ان اليمين حقه لان ذلك انما استفيد من الحديث الآخر لاشتماله على لام التمليك ألا ترى الى قول الزيلعي فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك ولا وجود للام التمليك في غيره (قوله في رواية) أي عن محمد والحاصل كما في البحر انه اختلف النقل عن محمد فمنهم من ذكره مع أبي يوسف كالشارح والخصاف ومنهم من ذكره مع الامام كالطحاوي (قوله ولكن قيل لخصمه أعطه كفيلا الخ) هذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل زيلعي (قوله وهذا استحسان) نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى والقياس انه لا يلزمه التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة زيلعي وقوله حتى يعدى عليه أي حتى يعان المدعي على المدعى عليه شيخنا (قوله وقالا له استحلافه) لا حاجة اليه للاستغناء عنه بما سبق من قوله عقب قول المصنف لم يستحلف خلافا لابي يوسف ومحمد في رواية (قوله معروف الدار) ليس المراد مطلق المعرفة الشامل لما لو كانت بالكراء وهكذا قال في البحر وفسره أي الثقة في البزازية بأن يكون له دار وحانوت ملكاله انتهى قال في الصغرى وينبغي ان يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالاوقاف وان لم يكن له ملك في دار وحانوت لانه لا يتركها ويهرب وفسره في شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار معروف التجارة ولا يكون لحوحا معروفا بالخصومة وان يكون من أهل المصر لاغريبا انتهى والحاصل ان المدار على الامن من الهروب (قوله والتقدير بثلاثة أيام الخ) وفي قضاء الصغرى تأقيت الكفالة بثلاثة أيام ونحوها ليس لاجل انه يبرأ الكفيل عنها بعد الوقت فان الكفيل الى شهر لا يبرأ بعد مضي الشهر بل لتوسعة الامر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل الا بعد مضي شهر لكن لو عجل الكفيل يصح وله ان يطلب وكيلا بالخصومة كما في البحر عن الكافي حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل وان أعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل لو كان المدعى دينا وان كان المدعى منقولا له ان يطلب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما بحر وعلم انه ينبغي ان يشترط في الوكيل ما سبق في الكفيل من كونه ثقة معروف الدار وفي البحر عن الصغرى لو أبى اعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر اه ثم قال وفي الصغرى لو طلب وضع المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس فان كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي ولو كان فاسقا يجيبه وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي انتهى قال في البحر وظاهره ان الشجر من العقار وقدمنا خلافه وأقول نقل الحموي عن المقدسي التصريح بأن الشجر عقار (قوله بين الخامل والوجيه) تقول خمل الرجل خمولا من باب قعد فهو خامل أي ساقط النباهة لا حظ له شيخنا عن المصباح والوجيه ان يكون له حظ ورتبة اه (قوله وانما زدنا قولنا في المصر الخ) قال الحموي في القنية ما يخالفه (قوله لازمه المدعي) بنفسه أو أمينه در (قوله مسافرا) تفسير لغريبا بحذف اداة التفسير تسامحا حموي فالتقدير ولو كان غريبا أي مسافرا (قوله وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) دفعا للضرر عنه حتى لو علم وقت سفره يكفل اليه وينظر في زيه ويستخبر رفقاءه أي عن سفره لو أنكره المدعي در عن البزازية (قوله واليمين بالله) لما روي عن ابن عمر انه عليه السلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله

في رواية (و) لكن (قيل لخصمه أعطه
كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) وهذا
استحسان وبه أخذ أبو حنيفة وقالا له
استحلافه ويجب أن يكون الكفيل
ثقة معروف الدار والكفالة بالنفس
جائزة عندنا خلافا للشافعي والتقدير
بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة
وهو الصحيح كذا في الكافي وفي النهاية
وعن أبي يوسف انه يأخذ كفيلا الى
جلوس القاضي مجلسا آخر وهو حسن
وذكر في الفتاوى الخانية هو الصحيح
وذكر شمس الأئمة الحلواني انه يفوض
الى رأي القاضي ولا فرق في الظاهر
بين الخامل والوجيه والحقير من المال
والخطير وعن محمد ان الخصم اذا كان
معروفا والمال حقيرا والظاهر من
حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من
المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وانما
قيد بقوله لي بينة حاضرة لانه لو قال
لا بينة لي أو شهودي غيب يستحلف
اتفاقا وانما زدنا قولنا في المصر لانه
اذا أحضر البينة في المجلس لا يجبر الخصم
حينئذ بالاتفاق (فان أبى
المدعى عليه اعطاء الكفيل بنفسه
(لازمه) المدعي (أي دار معه حيث
سار) المدعى عليه حتى لا يغيب (ولو
كان المدعى عليه (غريبا) مسافرا
(لازمه) أي مقدار (مجلس
القاضي) وكذا لا يكفل الا الى آخر
المجلس (واليمين) المعتبرة ان يحلف
(بالله تعالى

أو ليصمت رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا
الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائي عيني وعن ابن مسعود لان أحلف بالله كاذبا خير من ان
احلف بغيره صادقا اتقاني وفي الخزانة واليمين بالله ذكر اسمه تعالى وهو ان يقول والله انتهى وظاهره انه
لو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يمينا قال في البحر ولم أره صريحا ورده العلامة المقدسي على ما نقل عنه
الحموي بأنه قصور لوجود النص على خلافه فقد ذكروا في كتاب الايمان انه لو قال والرحمن أو الرحيم او القادر
فكل ذلك يمين و يدل عليه قولهم فيما اذا غلظ بذكر الصفة يحترز عن الاتيان بالواو لئلا تتكرر اليمين ونصوا
هنا في تحليف الاخرس ان يقال له عهد الله عليك ولا فرق بينه و بين الصحيح بل صرح بهذا في الصحيح
وصحح في روضة القضاة بأن الرحمن الرحيم وسائر أسماء الله تعالى تكون يمينا انتهى (تتمة) تحليف
الاخرس ان يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا وكذا فاذا اومأ برأسه أي نعم صار
حالفا ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه ان عرفه والا فباشارته ولو اعمى أيضا فأبوه او وصيه أو من
نصبه القاضي در عن شرح الوهبانية واذا استحلف الوصي ونحوه يستحلف على العلم وهذا يستثنى من قولهم
الاستحلاف لا تجري فيه النيابة (قوله لا بطلاق وعتاق) لان التحليف بهما حرام در عن الخانية بل
في القهستاني عن المضمرات اختلفوا في كفره اذا قال حلفه بالطلاق فلو حلف بالطلاق انه لا مال عليه
ثم برهن المدعي على المال ان شهدوا على السبب كالاقراض لا يفرق وان شهدوا على قيام الدين يفرق
لان السبب لا يستلزم قيام الدين وقال محمد في الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لابي
يوسف در عن شرح الوهبانية للشرنبلالي (قوله الا اذا ألح الخصم الخ) حكاه في الهداية بقيل فظاهره أنه
خارج عن ظاهر الرواية فما كان ينبغي للمؤلف ذكره في المتن لانه موضوع لظاهر الرواية مع انه ضعيف
أيضا لما في الخلاصة والتحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا انتهى
و في التتارخانية الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق انتهى و في منية المفتي وان مست اليه
الضرورة يفتي ان الرأي فيه للقاضي بحر (قوله فحينئذ يحلف بهما) لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة
الامتناع عن الحلف بالطلاق حموي (قوله لا يقضي القاضي بالنكول) لانه امتنع عما هو منهي عنه
شرعا زيلعي (قوله واذا قضى لا ينفذ قضاؤه) اعلم ان سياق كلام الشارح يقتضي ان عدم نفاذ القضاء
حتى على القول بانه يجوز التحليف بالطلاق اذا ألح الخصم وهذا هو الظاهر أيضا من كلام الزيلعي ونصه
وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا ألح الخصم لكن اذا نكل لا يقضي عليه بالنكول ولو قضى
عليه بالنكول لا ينفذ انتهى و يخالفه ظاهر ما في الخزانة حيث قال فلو حلفه القاضي بطلاق فنكل
وقضى بالمال لا ينفذ على قول الاكثر ولهذا قال في البحر وظاهره أي ظاهر التقييد بالاكثر ان من قال
بالتحليف بهما قال يقضي بنكوله لان التحليف بهما لرجاء النكول فيقضي به والا فلا فائدة الخ و في الدر
عن مصنف التنوير انه اعتمد ما في البحر من انه يقضي بالنكول عن الحلف بالطلاق لكن نقل السيد
الحموي عن العلامة المقدسي ما محصله ان فائدة التحليف بهما على القول بانه يجوز وان كان لا يقضي
عليه بالنكول اطمئنان خاطر المدعي اذا حلف فربما كان مشتبها عليه الامر لنسيان ونحوه فاذا حلف له
بهما صدقه انتهى (قوله وتغلظ بذكر أوصافه) لان منهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ و يتجاسر
عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع عيني فلو غلظ فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضي عليه
بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعي (قوله بغير حرف العطف) تحرزا عن تعدد الايمان
عليه مع العاطف لان المستحق عليه يمين واحدة (قوله وله ان يزيد الخ) أي للقاضي لان الاختيار في صفة
التغليظ بالزيادة والنقصان الى القضاة بحر عن الخزانة (قوله الا انه يحتاط) أي عن العطف (قوله
لا بزمان ومكان) لان في التغليظ بالزمان تأخير حق المدعي في اليمين الى ذلك الزمان قال العلامة المقدسي
كذا في المكان لان فيه التأخير الى الوصول الى ذلك المكان المغلظ به فلا يشرع كذا في التبيين والكافي

لا) ان يحلف (بطلاق وعتاق الا اذا
ألح الخصم) فحينئذ يحلف بهما ومع
ذلك اذا نكل لا يقضي القاضي
بالنكول واذا قضى لا ينفذ قضاؤه
(وتغلظ) أي تؤكد اليمين (بذكر
أوصافه) مطلقا أي بذكر
أوصاف الله تعالى بغير حرف العطف
نحو قوله قل والله الذي لا اله الا هو
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا
ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ
على هذا وله ان ينقص منه الا انه
يحتاط وقيل لا يغلظ على الرجل
المعروف بالصلاح و يغلظ على غيره
وقيل يغلظ في الخطير من المال دون
الحقير (لا بزمان) أي لا يغلظ اليمين
على المسلم بزمان (ومكان) مطلقا

وظاهر

وظاهر الهداية ان المنفي وجوب التغليظ فيكون مشروعا وفي المحيط ما يدل على اباحته ولكن ذكر بعده انه لا يجوز التغليظ بالمكان حموي وبحر (قوله وقال الشافعي ان كان اليمين في [illegible]) [illegible] مالك وأحمد في رواية واما الطلاق فلقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من [illegible] بالمكان أو الزمان زيادة على النص وهو نسخ عيني (قوله ويستحلف اليهودي الخ) [illegible] ولا يحلف بالاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذي انزل هذا التوراة أو هذا الانجيل لانه ثبت تحريف بعضه [illegible] ان تقع الاشارة الى الحرف المحرف ويكون التحليف به تعظيما لما ليس من كلام الله تعالى [illegible] (قوله بالله الذي خلق النار) لانه يعظم النار [illegible] بذكرها [illegible] (قوله [illegible]) لو حلف الكافر بالله و [illegible] هل يكتفي به أم لا قلت لم [illegible] الكافر بالله و [illegible] شرط فيكتفي بالله ولا يقضي عليه بالنكول عن الوصف المذكور (قوله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) أحد من أهل الكفر حموي (قوله [illegible]) احترازا عن اشراك غيره [illegible] (قوله ولا يحلف [illegible] انه لا يحلف غير اليهودي الخ) لان ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيم لها [illegible] والكتابين لان كتب الله تعالى معظمة وظاهر ما في [illegible] قول محمد [illegible] قوله [illegible] فاذا استحلف الدهري لا به لا يعتقد وجوده تعالى [illegible] (قوله أي معابدهم) [illegible] الكنائس والبيع لان القاضي لا يحضرها [illegible] ذلك [illegible] الدخول في [illegible] مجمع الشياطين [illegible] الاطلاق [illegible] مسلم [illegible] كنيسة مع اليهود (قوله في الحاصل) أي على صورة [illegible] المذكور وهو صورة دعوى المدعي [illegible] وفي احد [illegible] بل [illegible] ان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفي الاعلى في السبب [illegible] الحاصل هو [illegible] على [illegible] الظاهر [illegible] ما روي [illegible] يحلف عليه [illegible] الحكم [illegible] الحاصل (قوله [illegible]) [illegible] النكاح المسائل [illegible] على الحاصل [illegible] صاحب الهداية وشراحها لان أبا حنيفة لا يقول باستحلاف النكاح [illegible] ان انه يحلف في النكاح [illegible] الاعلى [illegible] ثم اصطلحا [illegible] محمد [illegible] على صورة [illegible] المذكور وقال أبو يوسف على صورة دعوى المدعي الا ان [illegible] حنيفة [illegible] وفيما [illegible] لا [illegible] المدعي [illegible] حموي [illegible] الاستدلال [illegible] مع [illegible] (قوله [illegible]) [illegible] الملك لو [illegible] كان أولى [illegible] والا [illegible] في النكاح الذي [illegible] دعوى الطلاق [illegible] بالله ما [illegible] النكاح الذي [illegible] (قوله [illegible] الحاصل في هذه الصور) حتى اذا [illegible] من هذا [illegible] ولا يحلف بالله [illegible] على اصل السبب [illegible] ملكه [illegible] لو [illegible] المعنى [illegible] وقد [illegible] المدعي [illegible] حقهما [illegible] دعوى [illegible] ونحوه [illegible] حقه [illegible] كان [illegible] لان [illegible] قوله [illegible] [illegible] للاحتراز [illegible] يراعى جانب المدعي [illegible] العناية ([illegible] المدعى عليه [illegible] حموي (قوله والاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب [illegible] على الحاصل [illegible] بالمدعي [illegible] (قوله كالصور المذكورة) [illegible] والطلاق والخلع والطلاق

بتجديد العقد او الرجعة (قوله فان اليمين فيها تكون على الحاصل) الا اذا كان في التحليف على الحاصل
ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع كما سيأتي المتن وهما دعوى الشفعة والنفقة
شيخنا (قوله لا على السبب عندهما) فلا يحلف بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله
ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن
تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى طروا رافع
لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف
على نفيها لا على نفي السبب زيلعي (قوله وعند أبي يوسف يحلف في الجميع على السبب) أي فيما يرتفع
بعد وقوعه وما لا يرتفع لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمذهب في التحليف قولهما وهو
ظاهر الرواية بحر عن خزانة المفتين (قوله أيها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقايله) هذا هو الصواب
في بيان التعريض خلافا لما في العيني لان قوله وقع البيع ثم تقايلنا ليس بتعريض بل هو اقرار بالبيع
فلا يقبل منه دعوى الاقالة (قوله فحينئذ يحلفه القاضي على الحاصل) لقائل ان يقول ينبغي ان يحلف
على السبب دائما وان عرض المدعى عليه فذا اعتبارا لذلك التعريض لان غاية ما في الباب انه وقع البيع
ففي دعوى الاقالة يتضرر المدعى عليه مدع فعليه البينة على الاقالة فان عجز فعلى المدعي اليمين حموي
عن صدر الشريعة (قوله كالعبد المسلم) قيد بالعبد المسلم للاحتراز عن الامة ولو مسلمة وعن العبد الكافر
لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل
منه الا الاسلام والسيف عند ارتداده ثمانية الزيلعي (قوله يحلف على السبب) بالله ما اعتقه لعدم الضرورة
الى التحليف على الحاصل اذ لا يعود الرق بعد العتق مسلما درر (قوله وكان المشتري والزوج)
وفي نسخة أو الزوج لا يراهما وفي نسخة لا يراهما أي الشفعة ونفقة المبتوتة شلبي وظاهره جواز الافراد
والتثنية في الضمير على كل من النسختين وليس كذلك بل النسخة التي وقع التعبير فيها بالواو يتعين
فيها تثنية الضمير لوجوب المطابقة بين الضمير ومرجعه بخلاف النسخة التي وقع التعبير فيها بأو فانها
تحتمل كلا من الافراد والتثنية فيعود الضمير المفرد على واحد منهما لا بعينه اما الشفعة بالنظر لدعوى
الشفيع او النفقة بالنظر لدعوى المبتوتة (قوله بان كان المشتري شافعي المذهب) فلو حلف
على الحاصل بالله ما له عليك حق الشفعة يحلف ولا يحنث في معتقده لانه لا يرى الشفعة تستحق
بالجوار فيفوت النظر في حق المدعي وقد استفيد منه انه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه وأما مذهب
المدعي ففيه اختلاف والظاهر ان اختلافهم في سماع القاضي الحنفي دعوى شافعي شفعة بالجوار
فرع الاختلاف في ان العبرة لمذهب المدعي أو القاضي فمن قال العبرة لمذهب القاضي قال يسمعها
ومن لا فلا فكذا ما قيل من ان القاضي يسأله هل يعتقد وجوبها يعني ان قال نعم سمعها والا فلا واستوجه
في الدرر ان القاضي يسأله هل يعتقد وجوب شفعة الجوار وقال واعتمده المصنف تبعا لما في البحر عن الصدر
الشهيد حيث ذكر ان القول الاخير اوجه الاقاويل واحسنها (قوله أو الزوج كذلك) فلا يستحلف
على الحاصل بالله ما لها عليك حق النفقة من الوجه الذي تدعي لانه يحلف ولا يحنث في اعتقاده لانه
لا يرى وجوب النفقة للمبتوتة فيفوت مراعاة النظر للمدعية فيحلف على السبب بالله ما هي معتدة (قوله
يحلف على السبب) فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم
الشفعة أو سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي أجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا
من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما
يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض عناية (قوله وانما قيد
بالجوار وبالمبتوتة الخ) ففي دعوى الشفعة بالشركة ودعوى المطلقة رجعيا يستحلف على الحاصل
عندهما وعند أبي يوسف على السبب الا اذا عرض كما سبق (قوله وعلى العلم لو ورث الخ) ولا يحلف على

فان اليمين فيها تكون على الحاصل
لا على السبب عندهما وعند أبي يوسف الا اذا
يحلف في الجميع على السبب الا اذا عرض عليه
قال المدعى عليه أيها القاضي قد يبيع
القاضي الانسان شيئا ثم يقايله فحينئذ يحلفه
الانسان شيئا ثم يقايله وعنه انه ينظر
القاضي على الحاصل وعنه انه
القاضي الى انكار المدعى عليه
ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف
على السبب فان انكر الحكم يحلف
على الحاصل وعليه اكثر القضاة
وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي
القاضي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب اجماعا كالعبد
المسلم اذا ادعى العتق على مولاه (و ن)
وجد المولى يحلف على السبب ونفقة المبتوتة
ادعى شفعة بالجوار او الزوج لا يراهما)
و) كان (المشتري بان كان
أي لا يعتقد هذه الدعوى أو الزوج
المشتري شافعي المذهب على السبب)
كذلك فحينئذ (يحلف على السبب) لان الشفعة
اتفاقا وانما قيد بالجوار لان الشركة الشفعة
عند الشافعي تستحق بالشركة تستحق
وبالمبتوتة لان المطلقة الرجعية (على
النفقة عند الشافعي (و) يحلف (على
العلم لو ورث عبدا) مثلا (فادعاه آخر)
بان العبد له ولا بينة للمدعي

البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه زيلعي وهذا اذا تحقق الارث بعلم القاضي أو اقرار المدعى أو بينة المدعى عليه فان لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات اهـ قهستاني ولو قال المؤلف لو ادعى على الوارث عينا او دينا لكان أولى ليشمل دعوى الدين على الميت بحر وظاهره انه لا يشترط لتحليف وارث الدائن وصوله اليه وهو خلاف المختار قال القهستاني لا يحلف وارث الدائن قبل وصوله اليه والاول اختيار عند الفقيه وقاضيخان (قوله وعلى البتات) وفي بعض كتب الفقه البت بدل البتات ولم أر فيما عندي من كتب اللغة ان البتات بمعنى القطع وانما ذكر في القاموس ان البت بمعنى القطع وان البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت وجمع ابتة ولم يذكره في المصباح والمغرب بحر (قوله لو وهب له او اشتراه) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب الملك وضعه وكذا هبته ومراده وصوله بسبب اختياري ولو كان غير الشراء والهبة وقدمنا ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم الا اذا ادعى مشتري العبد اباقه يحلف البائع على البتات مع انه فعل الغير لوجوب تسليمه سليما فرجع الى فعل نفسه وهذا اذا قال المنكر لا علم لي فلو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها ووكيل ادعى قبض موكله الثمن بحر وليس المراد بالاباق الذي يدعيه المشتري الاباق الكائن عنده اذ لو اقر به البائع لا يلزمه شئ لان الاباق من العيوب التي لابد فيها من المعاودة بان يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشتري كلاهما في صغره أو كبره على ما سبق في محله (تتمة) ذكر في الخلاصة لو قال ان لم يدخل فلان الدار اليوم فامرأته طالق ثم قال انه دخل يحلفه على البتات بالله انه دخل الدار اليوم انتهى مع انه فعل الغير لكونه ادعى علمه به كذا أجاب في البحر متمسكا بما ذكره مع انه يمكن ان يجاب بنظير ما سبق بان يقال انما حلف على البتات وان كان الدخول فعل غيره لان عدم الدخول انما اثر في الطلاق باعتبار صدور التعليق به ولا شك ان التعليق فعل نفسه ثم في كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر حتى تسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر بخلاف العكس درر عن الزيلعي قال في الشرنبلالية معزيا للسعدي شلبي وفيه بحث اما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرر واما ثانيا فلان قوله فيقضى عليه اذا نكل الخ محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل انتهى وقال بعقبه بأشا بعد نقله من النهاية وفيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات شرنبلالية ووجه عدم الحكم بالنكول هو انه بعد هذا النكول يحتمل انه يحلف على العلم وفي هذا المقام كلام عزمي زاده فليراجع (قوله صح الافتداء والصلح) لما روى ان عثمان ادعى عليه اربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال انى أخاف ان يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب اليمين الكاذبة كذا في العيني تبعا للزيلعي وعزاه في العناية الى الفوائد الظهيرية لكن بابدال قوله وانت صادق بقوله وانت صاحب حق ولانه اذا افتدى يمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وذكر الصدر الشهيد ان الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب انتهى أي ثابت بدليل جواز الحلف صادقا بحر وقيل ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه باربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر في خلافته فقال مقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف درهم قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى والجواب انه كان يدعى الايفاء

(وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) أي يحلف المنكر على القطع لا على العلم لو ملك العبد بالهبة والشراء (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء) أي لو ادعى عليه فاستحلف فافتدى آخره مالا ذكر فاستحلف عن يمينه بمال أو صالحه عن يمينه (صح الافتداء والصلح)

على عثمان ونحن نقول كذا في العناية وفي ان يقال قوله في العناية فيكون دليلا للشافعي رضي الله عنه على جواز رد اليمين على المدعي يقتضي ان رد اليمين ليس بلازم عند الشافعي بل جائز فقط حتى لو قضي على المدعى عليه بالنكول من غير رد اليمين على المدعي صح وليس كذلك عنده بل لا بد من رد اليمين على المدعي ان حلف بعد نكول خصمه قضي له والا فلا فلو ابدل الجواز باللزوم لكان صوابا (قوله ولم يحلف بعده) لانه اسقط حقه في اليمين باخذ البدل حموي (قوله فانما يكون على مال هو أقل من المدعى غالبا) لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية وقوله وكلاهما مشروع يعني الافتداء والصلح واما اذا اشترى يمينه بمال لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله كما في الزيلعي وهو ظاهر في انه يرجع عليه بما دفعه اليه واعلم انه كما لا يبطل حقه في اليمين بالشراء فكذا لو أسقط اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته فلا يصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم درر عن البزازية وفيه معزيا الى الدرر استحلفه خصمه فقال حلفني مرة ان عند حاكم أو محكم وبرهن قبل والا فله تحليفه قال ولم أر ما لو قال اني قد حلفت بالطلاق اني لا احلف فيسر انتهى و قول سبق عن العناية ان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما في الاستحلاف على الحاصل أو على السبب فرعاية جانب المدعي اولى فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحلف بالطلاق و يقضي عليه بالنكول على ان ذلك يكون بالاولى لانه هو الذي الحق الضرر بنفسه باقدامه على الحلف بالطلاق

(باب التحالف)

راعى الترتيب الطبعي فاخر عن يمين الاثنين عن يمين الواحد لتناسب الوضع الطبيعي عناية (قوله اذا اختلفا الخ) أشار بهذا التركيب الى ان اداة الشرط محذوفة من كلامه لكن صرح النحاة بانه لا يحذف من ادوات الشرط الا ان خاصة لانها أم الباب وحينئذ كان على الشارح ان يقدرها دون اذا حموي (قوله في قدر الثمن) فيه قصور اذ لا فرق في الاختلاف بين ان يكون في قدر الثمن او وصفه بان ادعى البائع انه بدراهم رائجة والمشتري بدراهم كاسدة او جنسه بان ادعى البائع انه بالدنانير والمشتري بالدراهم كما في الدرر فلو حذف المصنف القدر واقتصر على قوله اختلفا في الثمن ليعم الاختلاف في القدر أو الوصف او الجنس لكان اولى (قوله قضي لمن برهن) لانه نور دعواه بالحجة وبقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة قوى لانها تلزم الحكم على القاضي بخلاف الدعوى وفي البحر عن المصباح البرهان الحجة وفي زيادة النون واصالتها قولان (قوله فلمثبت الزيادة) لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر (قوله بان ادعى البائع اكثر مما يدعيه المشتري الخ) بان قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار قيل هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا عناية (قوله فبينة البائع اولى في الثمن الخ) لان حجة البائع في الثمن اكثر اثباتا وحجة المشتري في المبيع اكثر اثباتا درر (قوله ولم يرضيا بدعوى احدهما) لو قال ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه بدل قوله ولم يرضيا لكان اولى لان شرط التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما بحر ورده المقدسي فليراجع (قوله تحالفا) ما لم يكن فيه خيار لاحدهما قال في الخلاصة اذا كان للمشتري خيار رؤية او عيب او شرط لا يتحالفان انتهى والبائع كالمشتري والمقصود ان من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف ولكن ينبغي ان البائع اذا كان يدعي زيادة الثمن وانكرها المشتري فان خيار المشتري يمنع التحالف واما خيار البائع فلا ولو كان

(ولم يحلف بعده) ثم الافتداء قد يكون بمال مثل المدعى وقد يكون بأقل منه واما الصلح عنه فانما يكون على مال هو أقل من المدعى غالبا كذا في النهاية

(باب التحالف)

اذا (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) بان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه (قضي لمن برهن وان برهنا فلمثبت الزيادة) مثلا ان كان الاختلاف في احدهما وان كان فيهما جميعا بان ادعى البائع الثمن اكثر مما يقر به المشتري وادعى المشتري من المبيع اكثر مما يقر به البائع فحالة واحدة (فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا

المشترى يدعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشترى فلا هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا بحر (قوله اى ان لم يكن لكل واحد منهما بينة) تفسير العجز بما ذكر يفهم منه انه لو كان لكل منهما بينة لكن غائبة عن المصر انه لا تحالف حموى (قوله قيل للمشترى الخ) لو قال بدل هذه الاطالة قيل لكل منهما اما ان ترضى بما قال صاحبك والا فسخنا البيع لكان اولى (قوله اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع) فيه قصر للمتن على بعض ما تناوله وهذا نقل عزمى عن صدر الشريعة ان قوله وان عجز يرجع الى الصور الثلاث اى ما اذا كان الاختلاف فى الثمن او فى المبيع او فيهما انتهى (قوله ويجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل الخ) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان عناية وتأنيث اسم الاشارة من قوله وهذه جهة فيه باعتبار الخبر (قوله استحلف القاضى كل واحد) لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب التسليم بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلفان عناية وذكر الضمير فى قوله والمشترى ينكره مع ان المرجع مؤنث وهو الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه ثم ان كان الاستحلاف قبل القبض فهو على وفق القياس اذ اليمين على من انكر بالحديث المشهور وكل منهما منكر اما بعد القبض فهو على خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف البائعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال فى العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث يخالف المشهور يعنى قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر ووجه المخالفة ظاهر لان حديث التحالف صريح فى وجوب اليمين عليهما معا ويعارضه المشهور الا ان يحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبائعين وهذا كله اذا كان الاختلاف فى البدل مقصودا فان كان فى ضمن شئ كاختلافهما فى الزق فلا تحالف والقول للمشترى فى انه الزق لانه اختلاف فى المقبوض والقول فيه للقابض ولم يذكر المؤلف حكم الاختلاف فى الوصف وفيه تفصيل فان كان فى وصف الثمن تحالفا وان كان فى وصف المبيع كما لو قال المشترى اشتريت هذا العبد على انه كاتب او خباز فقال البائع لم اشترط فالقول للبائع ولا تحالف بحر عن الظهيرية قال شيخنا وقد اقتصر صاحب الدرر على الاختلاف فى وصف الثمن (قوله وبدئ بيمين المشترى) لانه اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادئ بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم فى الانكار تقدم فى الذى يترتب عليه اولا ولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن عناية (قوله وعن أبى يوسف انه يبدأ بيمين البائع) لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبائعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغى ان يكتفى بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما زيلعى (قوله وهذا اذا كان بيع عين الخ) يعنى الخلاف فى انه يبدأ بيمين المشترى او بيمين البائع مقيد بما اذا كان بيع عين بدين فان كان بيع عين بعين كان مقايضة او بيع دين بدين بان كان صرفا بدأ القاضى بيمين ايهما اراد اتفاقا كذا ذكره فى الاصل يعنى المبسوط وهو الاصح حموى وما فى العينى حيث قال بعد قول المتن وفى المقايضة وهى بيع الثمن بالثمن او السلعة بالسلعة ففيه تقديم وتأخير والصواب تقديم الصرف بأن يقال وفى المقايضة والصرف وهما بيع الثمن بالثمن الخ وصفا ثمن (قوله ويدئ بيمين المشترى) لانه اشدهما انكارا (قوله ولقد اشتراه بألف) بضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت الا ترى انه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى ان اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشترى لان كلا منهما منكر (قوله فسخ القاضى بطلب احدهما وهو الصحيح) لانهما لما حلفا لم يثبت

أى ان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع ويجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما لاحتمال اختياره فان لم يتراضيا استحلف القاضى كل واحد منهما على نفى دعوى الآخر (وبدئ بيمين المشترى) فى الصحيح وهو المروى عنهما وهو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى وعن أبى يوسف انه يبدأ بيمين البائع وهذا اذا كان بيع عين بدين فان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين ايهما شاء وصفة التحالف حلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البائع بالله ما باعه بالف كذا ذكره فى الاصل وفى الزيادات ويحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف (و) اذا تحالفا (فسخ القاضى) البيع

قوله وبدئ بيمين المشترى هذه القولة تقدمت فى محلها فى هذه الصحيفة فلا معنى لاعادتها أصلا

ماادعاه كل منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة وفرع عليه في المبسوط بقوله فلو وطئ المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ يحل لانها لم تخرج عن ملكه مالم يفسخ القاضي درر وفسخ القاضي ليس بشرط حتى لو فسخاه انفسخ لان الحق لهما وظاهره ان فسخ احدهما لايكفي وان اكتفى بطلبه بحر وحموى وقوله في الدرر لو وطئ المشترى الجارية الخ يفيد ان وطئه لايمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطء حيث لايملك ردها وانما يرجع بالنقصان الا اذا وطئ لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث (قوله بطلب احدهما) فيفرق بين هذا واللعان وهو ان الزوجين اذا تلاعنا فالقاضي يفرق بينهما طلبا التفريق اولم يطلباه لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ماقاله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان ابدا وهذه الحرمة حق الشرع واما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه السلام تحالفا وترادا (قوله وقيل ينفسخ بنفس التحالف) فلايحل وطء المشترى الامة بعد التحالف قبل الفسخ (قوله وان اختلفا في الاجل) اى في اصله او في قدره لايتحالفان والقول قول البائع وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا انه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لايوجب التحالف لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك فلم يكن في معنى المنصوص حتى يلحق به وصار كالاختلاف في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الجودة والرداءة حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل لانه ليس بوصف الاترى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لايفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بعارض الشرط والقول في العوارض للمنكر ولو اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشترى لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه عناية (قوله اوفي شرط الخيار) لانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به لانه بانعدامه لايختل مابه قوام العقد فقد جزموا هنا بان القول لمنكر الخيار وذكروا في خيار الشرط فيه قولين والمذهب ماذكروه هنا لانه لاتعلق للخيار هنا بالصحة والفساد فكان القول لنافيه بخلاف الاجل في السلم اذا اختلفا فيه حيث يكون القول لمثبته عند الامام لانه شرط لصحة السلم فكان الظاهر شاهدا له وبخلاف ما لو اختلفا في مقدار الاجل في السلم فانهما يتحالفان بحر عن النهاية كذا الاختلاف في شرط الرهن اوشرط الضمان او العهدة بالمال فلا تحالف والقول للمنكر بحر ايضا عن المعراج (قوله اوفي قبض بعض الخ) ليس قيدا اذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع بحر والى هذا اشار الشارح بقوله اوفي اصل الثمن اى اختلفا في قبض كل الثمن شيخنا (قوله اوفي مكان دفع فيه المسلم فيه) لانه اختلاف في غير المبيع والثمن فاشبه الاختلاف في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر درر (قوله اوان اختلفا في قدر الثمن) بعد هلاك المبيع لم يتحالفا اعلم ان عدم التحالف مقيد بما اذا كان الثمن الذى اختلفا في قدره دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فأما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال احدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة درعن السراج (قوله لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه عندهما) لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا شرط قيام السلعة ومثل الهلاك خروجه عن ملكه او صار بحال لايقدر على رده بالعيب كما في العناية الا اذا استهلكه في يد البائع غير المشترى در (قوله وعند محمد والشافعي يتحالفان) لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام

(بطلب أحدهما) وهو الصحيح وقيل ينفسخ بنفس التحالف (ومن نكل منهما) عن اليمين لزمه دعوى الآخر (وان اختلفا في الأجل) أي في أجل الثمن (لم يتحالفا) قال زفر والشافعي يتحالفان في اختلاف الأجل (أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن) أو في مكان دفع فيه المسلم فيه (أو) ان اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك المبيع) لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه عندهما وعند محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك

السلعة ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اى تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك يتميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه بالاولى وللامام الاعظم وابى يوسف ما سبق من الحديث الآخر وما روى من المطلق يحمل عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه كما ذكره الزيلعى أى لفظ التراد فى الحديث المطلق يدل على انه محمول على الحديث المقيد بقيام السلعة لان التراد يكون فى القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوى لهما عنه عليه الصلاة والسلام واحدا بالاجماع وهذان الحديثان يرويهما ابن مسعود عنه عليه الصلاة والسلام فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط كما فى العناية والتأسيس عبارة عن افادة معنى لم يكن حاصلا قبله فهو خير من التأكيد لان حمل الكلام على الافادة خير من حمله على الاعادة شيخنا (قوله أو بعضه) يعنى اذا اختلفا بعد هلاك بعض المبيع او خروج البعض عن ملكه لا تحالف أيضا عند الامام قال الزيلعى هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع (قوله لم يتحالفا عند أبى حنيفة) لتعذر الفسخ فى الهالك لانه عقد واحد ولان هلاك السلعة مانع من التحالف كما سبق فكذا هلاك بعضها عند الامام اذ السلعة اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض (قوله الا ان يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) الى قوله وفى الجامع الصغير الخ قول المشترى الا ان يشاء البائع الخ اعلم ان المشايخ اختلفوا فى توجيه قوله الا ان يترك حصة الهالك وقوله ان يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام أى كلام القدورى فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم فالاختلاف على هذا فى هاتين الروايتين يكون فى اللفظ على ما لا يخفى وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا على ما أقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى قال فى العناية وكلام المصنف يشير الى ان أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لانه لو كان بطريق الصلح لكان متعلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثانى لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة انتهى (قوله وفى الجامع الصغير الخ) فى التبيين الاظهر الاول وهو انصراف الاستثناء الى نفى التحالف لا الى يمين المشترى ونسبه فى العناية الى العامة كما سبق (قوله الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له) وعليه فالاستثناء ينصرف الى يمين المشترى لا الى التحالف وقدمنا عن العناية حكاية تصحيحه بقيل وعليه فقد اختلف الترجيح (قوله وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى) بأن يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع والبائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان حلفا يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به المشترى فانه يقسم على قيمتهما وقت القبض فما أصاب الحى سقط وما اصاب الهالك لزم المشترى (قوله ويفسخ العقد فى الحى الخ) لان امتناع التحالف للهالك فيتقدر بقدره عينى (قوله وقال محمد يتحالفان عليهما) أى على الهالك والقائم لان هلاك كل السلعة غير مانع من التحالف عنده فهلاك البعض اولى بعدم المنع (قوله قيمته يوم القبض) وقد طولب بوجه تعين قيمة

(أو بعضه) أي ان اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم مات احدهما واختلفا في قدر الثمن فقال البائع اشتريتهما بالفين وقال المشترى اشتريتهما بالف لم يتحالفا عند أبي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبي حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له وقال أبو يوسف يتحالفان في الحى والقول قول المشترى في الهالك مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك يوم قبض

الهالك يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع تعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وأجيب بأن الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فتعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالجهتين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ والقول للمشتري في قيمة الهالك والبينة بينة البائع خلافا لما ذكره العيني حيث جعل القول قول البائع والبينة بينته ايضا لان ذلك خلاف المعهود اذ البائع اما ان يكون مدعيا ومدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين كما في العناية (قوله أو في بدل الكتابة) لان التحالف يكون في المعاوضات عند تحاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم درر (قوله والقول قول العبد مع يمينه) لانكاره الزيادة وان أقاما البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الاداء بحر وزيلعي (قوله يتحالفان وتفسخ الكتابة) لانها عقد معاوضة يقبل الفسخ عيني (قوله بعد اقالة السلم) لانها ليست بيع بل هي ابطال من وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفان واعتبر حقيقة الدعوى والانكار والمسلم اليه هو المنكر فكان القول قوله ولا يعود السلم لان الساقط لا يعود واعلم ان التقييد بقوله بعد اقالة السلم مفهومه انهما لو اختلفا قبل الاقالة تحالفا وتقدم في كلام المصنف اول مسئلة من باب التحالف كذا ذكره شيخنا وأراد بها قول المصنف اختلفا في قدر الثمن لانه شامل لرأس المال في السلم كما لا يخفى (قوله تحالفا ويعود البيع) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ان كل واحد منهم مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة ولا بد من الفسخ منهما او من القاضي زيلعي وعناية (قوله ولو قبض البائع الاول) لا محل لذكر الاول فالاولى حذفه شيخنا (قوله خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا وهما قالا كان ينبغي ان لا تحالف مطلقا لانه انما ثبت في البيع المطلق بالنسبة والاقالة فسخ في حقهما الا انه قبل القبض على وفق القياس فوجب القياس عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري بحر (قوله وان برهنا فللمرأة) هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج أو اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر وكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو اكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما يتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما اولى من الاخرى زيلعي وما في الشرنبلالية من قوله عقب قول الدرر وان لم يشهد أي مهر المثل لهما تهاترا الا يعلم منه ماذا يجب لها ولعله مهر المثل كما اذا عجزا وتحالفا وكان مهر مثلها بين قوليهما اه مبناه عدم وقوفه على ما جزم به في التنوير من وجوب مهر المثل والتهاتر من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه عناية (قوله تحالفا) وايهما نكل لزمه دعوى الآخر لانه صار مقرا بما يدعيه خصمه او باذلا درر وجه تقديم التحالف على التحكيم وهو قول

(أو في بدل الكتابة) أى لو اختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لم يتحالفا والقول قول العبد مع يمينه عند أبي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يتحالفان وتفسخ الكتابة (أو) ان اختلف رب السلم والمسلم اليه (في) قدر (رأس المال بعد اقالة السلم) فقال رب السلم رأس المال عشرة وقال المسلم اليه خمسة (لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه) قوله لم يتحالفا جواب الشرط ومتعلق الى آخره (ولو) اشترى امة بألف درهم وتقابضا ثم تقايلا البيع حال قيام الامة ثم (اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة) قبل ان يقبض البائع الامة بحكم الاقالة (تحالفا) ويعود البيع الاول ولو قبض البائع الاول الامة بحكم الاقالة يجب ان لا يتحالفا ويكون القول للمنكر خلافا لمحمد (ولو اختلفا في المهر قضى ان برهن وان برهنا فللمرأة) أى قضى لها (وان عجزا) عن اقامة البينة (تحالفا)

الكرخي ان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتباره أي التسمية بالتحالف فلهذا يقدم اى التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو اكثر منه أو كان بينهما فهي خمسة وجوه وأما في قول الرازي فلا تحالف الا في وجه واحد وهو اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او أقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو اكثر عناية (قوله عند أبي حنيفة) وعند أبي يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشئ مستنكر وقد بيناه في النكاح زيلعي (قوله ولكن لم يفسخ النكاح) لان يمين كل منهما تبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية فبقي العقد بلا تسمية وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه لان الفسخ في البيع بعد التحالف انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا أصليا يصار اليه عند انعدام التسمية (قوله بل يحكم مهر المثل) لقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما عناية (قوله فقد ذكر التحالف اولا الخ) ظاهره قصر الخلاف بين الرازي والكرخي على ما ذكر وليس كذلك لان الخلاف في شيئين الاول ما ذكره والثاني ان التحالف في الوجوه الخمسة عند الكرخي وعند الرازي في وجه واحد كما سبق عن العناية وكلام الشارح لا يستفاد منه ذلك (قوله الاصح قول الكرخي) اعلم ان شراح الهداية اختلفوا في الترجيح فمنهم من صحح قول الكرخي كالشارح ومنهم من ذكر ان قول الرازي هو الاصح كصاحب النهاية معللا بقوله لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه قال في العناية وذكر في بعض الشروح ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما وأقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى (قوله ولو اختلفا في الاجارة الخ) وجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي على الآخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ فالحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة وأجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديرا درر (قوله فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدئ بيمين المستأجر) لانه منكر وجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة عناية (قوله أي بعد استيفاء المنفعة) اعلم ان المراد بالاستيفاء التمكين منه في المدة وبعدمه عدمه لما عرف انه قائم مقامه في وجوب الاجر بحر فلو ابدل المصنف قوله قبل الاستيفاء بقوله قبل التمكن من الاستيفاء لكان اولى واشار في البحر بقوله في وجوب الاجر الى الاحتراز عن الاجارة الفاسدة فان اجر المثل انما يجب بحقيقة الاستيفاء لا بمجرد التمكن على ما سيأتي (قوله لا يتحالفان) وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لان له قيمة تقوم مقامه والمنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد ولا عقد (قوله والقول للمستأجر مع يمينه) فيما مضى أو في المنافع المقبوضة كلا او بعضا قهستاني لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها دربقي ان يقال ما ذكره المصنف من ان القول للمستأجر يعني لانه المنكر كما في الزيلعي ظاهر اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان الاختلاف في المدة كان

عند أبي حنيفة (و) لكن (لم يفسخ النكاح) بعده (بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله لو كان) مهر المثل مثله (كما قال) الزوج (أو أقل) منه (و) قضى (بقولها لو كان) مهر المثل (كما قالت) المرأة (أو أكثر) منه (و) قضى (به) أي بمهر المثل (لو) كان (بينهما) أي بين قوليهما بان كان أكثر مما قاله وأقل مما قالته فقد ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهو قول الكرخي وعند الرازي يحكم مهر المثل ثم يتحالفان وقال شمس الائمة السرخسي الاصح قول الكرخي (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء) أي استيفاء المنفعة (تحالفا) وتفاسخا العقد مطلقا سواء اختلفا في البدل أي الاجرة أو المبدل أي المنفعة أو فيهما بان قال المؤجر أجرت سنة بمائتين وقال المستأجر بمائة أو ادعى المؤجر اجارته سنة بمائة وقال المستأجر سنتين بمائة تحالفا وترادا فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة تقبل بينته ولو أقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان اختلفا فيهما معا كما اذا قال المؤجر اجرت سنة بمائتين وقال المستأجر لا بل أجرت سنتين بمائة واقاما البينة يثبت في سنتين بمائتين (و) ان اختلفا (بعده) أي بعد استيفاء المنفعة (لا) يتحالفان (والقول للمستأجر) مع يمينه (والبعض معتبر بالكل) يعني اذا اختلفا بعد استيفاء بعض المنفعة

ادعى المستاجر بعد الاستيفاء مدة أكثر مما ادعاه المؤجر لا يكون القول للمستأجر بل للمؤجر وكأنهم تركوا التنبيه على ذلك لظهوره (قوله تحالفا وفسخا العقد فيما بقي) وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على أصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه يتقدر بقدر الباقي عنده فكذا هنا وهما خالفا أصلهما في المبيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شئ والفرق لابي حنيفة ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع زيلعي (قوله سواء كان حال قيام النكاح الخ) وكذا لا فرق بين المسلمين والمسلم مع الذمية وشمل باطلاقه أيضا المملوكين والمكاتبين كما في البدائع والزوجين الكبيرين والصغيرين اذا كان الصغير يجامع كما في خزانة الاكمل وأما اذا كان احدهما حرا والآخر مملوكا فسيأتي وشمل ما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما بحر (قوله فالقول لكل منهما فيما صلح له) محمول على ما اذا ادعى الملك المطلق فلو ادعى احدهما تلقي الملك من الآخر بشراء أو هبة لا يقبل قوله بمجرده بل لا بد من بينة يقيمها شيخنا وما في التنوير من انه اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه استثنى منه في الدر عن الدرر ما اذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين انتهى واعلم ان في التعليل بتعارض الظاهرين تأملا لانه حيث استويا في القوة لا يصلح ان يكون تعارضهما مخصصا لاحدهما هكذا توقفت برهة ثم راجعت عبارة الدرر فلم أجد فيها التعليل المذكور ومع هذا ذكر في الشرنبلالية ان ما ذكره في الدرر ليس على ظاهره لان المرأة اذا كانت تبيع ما يصلح للرجال وما يصلح لهما فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لذي اليد بخلاف ما يختص بها لانه عارض يد الزوج أقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال انتهى معزيا للعناية واعلم ان التقييد بمتاع البيت للاحتراز عن نفس البيت فان القول فيه للزوج الا ان يكون لها بينة كما في الدر عن البحر واعلم ان المراد متاع بيت يسكنان فيه فلو اختلفا في متاع بيت خاص للزوج لا تسكن المرأة فيه فهو للزوج بالاتفاق ولو اختلفا في متاع بيت خاص بالمرأة لا يسكن فيه الزوج فهو للمرأة اتفاقا حموي عن المفتاح (فرع) التقطا سنابل أو حشيشا فهو بينهما قهستاني بتصرف (قوله وما يصلح للنساء الخ) في البحر عن البدائع هذا اذا لم تقل المرأة ان هذا المتاع اشتراه فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة انتهى وكذا اذا ادعت انها اشترته منه كما في البحر أيضا عن الخانية قال ولا يخفى انه اذا برهن على شرائه كان كاقرارها بشرائه منه فلا بد من بينة على الانتقال اليها منه بهبة ونحو ذلك ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على انه ملكها ذلك قال في البحر وقد افتيت به مرارا (قوله وله فيما صلح لهما كالفرش الخ) لان المرأة وما في يدها في يد الزوج واذا تنازع اثنان في شئ وهو في يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا آخر اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعل القول لها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى درر ولو أقاما بينة يعني في المشكل يقضى ببينتها لانها خارجة تنوير وشرحه عن الخانية بقي ان يقال لو أبدل المصنف هذه العبارة بقوله وان اختلف الزوجان في متاع البيت فلها ما صلح لها وله ما صلح له أو لهما كما في متن النقاية لكان اخصر (قوله فللحي منهما) أيهما كان اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض وهو باطلاقه شامل لما اذا كانت المرأة ماتت ليلة الزفاف وهو خلاف المتعارف بحر عن خزانة الاكمل واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية والزوج انه كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا شهد العرف بدفع الجهاز

ملكا

تحالفا وفسخا العقد فيما بقي والقول للمستأجر فيما مضى مع اليمين (وان اختلف الزوجان في متاع البيت) مطلقا سواء كان حال قيام النكاح أو بعد فسخ النكاح وكل واحد منهما يدعى انه له (فالقول لكل منهما فيما صلح) له فما صلح منه كالعمامة والقباء والقلنسوة للرجل والمنطقة والطيلسان والسلاح والكتب فهو له مع يمينه وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والسوار والحلية والملاءة ونحوها فهو لها مع يمينها الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء ولا يكون عينها الشهادة الظاهر وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال القول لها لتعارض الظاهرين ولا يكون القول له في ذلك (وله) أي القول قول الرجل مع يمينه (فيما صلح لهما) كالفرش والاواني والامتعة والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود هذا اذا كانا حيين (فان مات احدهما) واختلف ورثته مع الآخر فالجواب في غير المشكل على ما مر واما فيما يصلح لهما (فللحي منهما ايهما كان وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف

ملـكاقهستانى عن الخزانة (قوله يدفع الى المرأة الخ) لانهـا تأتى بالجهاز عادة فـكان الظاهر شاهدا لهـا وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معـارض فى البـاقى فيعتبر زيلعى قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما اذا طلقها فى المرض ومات الزوج بعد انقضاء العدة وكان المشكل لوارث الزوج لانها صارت أجنبية لم يبق لهـا يد وان مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة لانها ترث فلم تكن اجنبية فـكان هـذا بمنزلة مالو مات الزوج قبل الطلاق بحر عن الخـانية ومنه يعلم ان مانقله بعضهم عن الهداية من ان الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم انتهى ليس على اطلاقه (قوله وقال محمـد الى ان قال وما صلح لهـما فله اولورثته) ولو كان بعد موتهما فالمشـكل لورثة الزوج اتفاقا فمحل الخلاف ما اذا مات أحدهما شيخنا (قوله وقال مالك والشافعى وزفر) يعنى فى رواية عن زفر ولهذا قال الزيلعى وعنه ان المتاع كله بينهـما نصفان وبه قال مالك والشـافعى لانهـما استويا فى سبب الاستحقاق اذهما ساكنان فى بيت واحد والبيت مع ما فيه فى أيديهـما ولا معتبر بالشـبه فى الخصومات ألا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا فى آلة الاسـاكفة اوآلة العطارين وهى فى أيديهـما يقضى بها بينهما نصفين ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما الا انه قد يتخذه لنفسـه أو للبيع فلا يصلح مرجحا انتهى فان قلت ما المانع من جعل الضمير فى قوله هو بينهـما للمشـكل فيكون قول الشـارح وقال مالك والشـافعى وزفر جاريا على ظاهره بناء على ان المراد من قوله وزفر أى وقال زفر فيوافق ماذكره الزيلعى حيث قال وقال زفر المشـكل بينهما نصفان والباقى مثل ما قال ابو حنيفة انتهى قلت المـانع ظاهر وهو ما حكاه الشارح من موافقة مالك والشـافعى لزفر اذ لم يوافقاه على التفرقة التى قال بها زفر بين المشكل وغيره وانمـا وافقاه على ماروى عنه من ان المتاع كله بينهـما ومن هنا تعـلم ان ما ذكره بعضهم معزيا للزيلعى حيث قال وعن زفر ان الذى يقسم بينهما هو المشـكل فقط والباقى مثل ما قال ابو حنيفة انتهى فيه تأمل (قوله وقال ابن أبى ليلى الخ) لان المرأة فى يد الزوج فما فى البيت أيضـا يكون فى يده وان كان البيت لها الا ترى انه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا فى متاع البيت فان القول للمستأجر لكونه منسوبا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فـكذا هذا زيلعى (قوله وقال الحسن البصرى الخ) قال الزيلعى وهذه هى السبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة انتهى وذكر فى الدر عن الخانية ان فيه تسعة أقوال (قوله فللحر فى الحياة) لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك ينبغى (قوله وقالا المأذون والمـكاتب كالحر) لان لهـما يدا معتبرة فى الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمـكاتب فى شئ فى أيديهما يقضى به بينهـما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية فى سائر الخصومات فـكـذلك فى متـاع البيت والجواب ان اليـد على متاع البيت باعتبـار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعـارض بينهما عناية (قوله وللحى فى الموت) أى الـكل له اذا اختلفا بعد الموت كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا قال القهستانى وقوله الـكل مشير الى وقوع الاختلاف فى مطلق المتـاع على ما ذكره فخر الاسلام كما فى المستصفى لـكـن فى الحقائق عـادا كان الاختلاف فى الامتعة المشكلة انتهى بتصرف (قوله المتاع له مطلقا) أى للحى مطلقا لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض وقوله مطلقا أى حرا كان أو مملوكا لان موت أحدهما شامل لمـا اذا مات المملوك وبقى الحر او بالعكس بان مات الحر وبقى المملوك ومنه يعلم ان جعل الضمير للمملوك وتفسير الاطلاق بالمحجور والمأذون والمكاتب كما ذكره السيد الحموى غير مناسب لمـا يلزم عليه من قصر كلام المصنف على بعض افراده (قوله للحر فيهما) أى فى الحياة والموت حموى

(فصـــــل فيمن يكون خصما ومن لا يكون) أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الامكان قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضـا قلت

يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه أو لورثته وقال محمد ما يصلح له فله أو لورثته وما صلح لهما فله أو لورثتها وما صلح لهما فله أو لورثته وقال مالك والشافعى وزفر هو بينهما وقال ابن أبى ليلى الكل للرجل الا ثياب بدنها وقال الحسن البصرى الكل لها وله ثياب بدنه هذا اذا كانا حرين (و) اما (لو) كان (احدهما مملوكا) فالمتاع (للحر فى الحياة) مطلقا سواء كان المملوك محجورا او مأذونا أو مكاتبا وقالا المأذون والمكاتب كالحر (وللحى فى الموت) أى فيما اذا مات احدهما مطلقا وفى رواية محمد المتاع له مطلقا والزعفرانى للحر فيهما
(فصـــل) فيمن يكون خصما ومن لا يكون او (قال المدعى عليه)

نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد عناية (قوله في جواب من ادعى عينا في يده) أي في يد المدعى
عليه أي ادعى ملكا مطلقا للاحتراز عما سيأتي آخر الفصل انه لو ادعى شراءه من فلان الغائب وقال
ذو اليد اودعنيه فلان الغائب فانها تندفع بلا بينة اتفاقا فمحل الخلاف اذا ادعاه المدعى ملكا مطلقا شيخنا
ثم اعلم انه لا فرق في قبول الدفع بعد الدعوى بين ان يكون قبل اقامة البينة او بعدها وانما الخلاف في ان
الدفع هل يقبل قبل القضاء و بعده فقيل انما يقبل قبل القضاء لا بعده و جرى عليه في الخزانة والفصول
وتبعهما في البحر وقيل يقبل مطلقا وعليه جرى في الاشباه وأما ما ذكره في البحر من قوله ولم يذكر يعني
المصنف برهان المدعى ولا بد منه لما عرف من ان الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى
الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه فأنكره فطلب من المدعى البينة
فاقامها فلم يقض القاضي حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع ففيه نظر لانه لم يشترط احد
من أئمتنا لقبول الدفع اقامة المدعى البينة فقوله ولا بد منه غير مسلم لانه لم يستند فيه الى نقل سوى قوله
لما عرف من ان الخارج هو المطالب بالبرهان اذ لا يستفاد منه ما ذكر وكذا قوله ولا يحتاج الى الدفع
قبله مسلم من حيث ان الاضطرار الى الدفع انما يكون بعد اقامة البينة لكن لا ينافي صحة الدفع قبله
وان كان غير مضطر اليه فكما يمتنع على القاضي القضاء بالبينة بعد الدفع فكذا يمتنع عليه سماعها
والقضاء بها بعده كما لا يخفى (قوله هذا الشيء) يشمل المنقول والعقار وظاهر الاشارة انه قائم فلو كان
هالكا لم تندفع الخصومة لانه يدعي الدين عليه وايداع الدين لا يمكن بحر وقال الشمني لو كانت العين
هالكة لا تندفع الخصومة لانه عند قيامها تقع الدعوى في العين وذو اليد انما ينتصب خصما بظاهر
يده واذا كانت هالكة تقع الدعوى في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة
على انه كان في يده وديعة لا يتبين ان ما في ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه انتهى بتصرف (قوله
أودعنيه) ظاهره انه يشترط للدفع دعوى الايداع في الكل وليس كذلك بل كذلك اذا ادعى الايداع
في النصف وبرهن بان قال النصف لي والنصف وديعة فلان الغائب اندفعت في الكل لتعذر التمييز
كما في البحر عن الاختيار قال وأفاد بقوله فلان انه عينه باسمه فلو قال اودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع
ولا بد من تعيين الغائب في الدفع والشهادة فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع الخ
(قوله او غصبته) ظاهر اقتصار المصنف في دعوى الدفع على ما ذكر انه ينحصر في هذه الوجوه الخمسة
وليس كذلك بل منه ما لو قال في جواب الدعوى هذا الشيء وكلني فلان الغائب بحفظه فانها تندفع
كما في البحر عن المبسوط ومنه ما لو قال أسكنني فيها بأن كان النزاع في دار كما فيه أيضا عن الخلاصة أو قال
سرقته منه أو أخذته او ضل منه فوجدته والاولان يرجعان الى الامانة والثلاثة الاخيرة الى الضمان
ان لم يشهد في الاخيرة والا فالى الامانة و يلحق بها دعوى المزارعة كما في البزازية بان قال هذه الارض
المتنازع فيها دفعها الى فلان الغائب مزارعة فالاولى ان تفسر الخمسة بالثاني يعني انما سميت بخمسة
كتاب الدعوى لان فيها خمسة أقوال للعلماء لا لان فيها خمسة أوجه لما علمت من انها قد بلغت احد عشر
وعلى ما في البزازية من الحاق المزارعة بالاجارة او الوديعة لا تزيد على العشرة وللمقدسي هنا كلام
فليراجع (قوله وبرهن) مراده بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو علم القاضي أو اقرار
المدعى بحر عن الخلاصة قال العلامة المقدسي ينبغي ان يكون هذا على قول من يجوز في زماننا قضاء
القاضي بعلمه وعلى ما اختاروه من قول محمد لا يتأتى حموي (قوله دفعت خصومة المدعى) أي حكم
القاضي بدفعها لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة بخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب
وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان
العين ليست للمدعى زيلعي (قوله مطلقا) أي سواء كان ذو اليد صالحا ومعروفا بالحيل حموي فالاطلاق
في مقابلة ما سيأتي من التفصيل عند أبي يوسف (قوله لا تندفع الخصومة) فلو طلب يمين المدعى

هذا في جواب من ادعى عينا في يده (هذا الشيء أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه أو رهنه) عندي (فلان الغائب) أو غصبته منه (وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) مطلقا أو أقام ذو اليد بينة أن المدعى أقر أنه لفلان اندفعت الخصومة عنه وقيد بقوله وبرهن لانه ما لم يقم البينة لا تندفع الخصومة

استحلفه

استحلفه القاضي فان حلف على العلم كان خصما وان نكل فلا خصومة بحر عن خزانة الاكمل (قوله خلافا لابن ابي ليلى الخ) وجهه ان ذا اليد اقر بالملك لغيره فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه بالبينة وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار عناية (قوله وقال ابن شبرمة) بضم الشين المعجمة وسكون الباء الموحدة وضم الراء واسمه عبد الله بن صبيبة بفتح الصاد وتشديد الباء ابن الطفيل أحد فقهاء الكوفة (قوله لا يخرج من خصومته وان برهن) لانه اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب عناية (قوله وقال أبو يوسف الخ) وبه يؤخذ ملتقى واختاره في المختار در (قوله وان كان معروفا بالحيل لا تندفع) وجهه كما في الشمني انه قد يأخذ غصبا مال غيره ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب عن البلد ويواعده ان يأتي به ويودعه عنده ويشهد عليه الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد الحجة على ان فلانا اودعه عنده فيدفع عنه الخصومة فيحتال لابطال حق غيره انتهى (قوله فالقاضي لا يقبل شهادتهم) لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي عناية (قوله لا تندفع الخصومة عند محمد) وجهه ما سبق من الوجه الثاني من انه ما أحاله الى معين فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل تعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه (قوله وعند أبي حنيفة يندفع الخصومة عنه) وجهه ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم يقينا ان المودع غير المدعي فأفادت الشهادة ان يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث دل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه عناية وظاهره كالهداية ترجيح مذهب الامام لكن في البحر عن البزازية تعويل الائمة على قول محمد ثم قال آخرا محل الاختلاف بينهما وبين محمد انما هو فيما اذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة اجماعا وهو الصحيح انتهى فتحصل من هذا ان أبا حنيفة وأبا يوسف يكتفيان بمعرفه الوجه ومحمد يشترط معرفة الاسم والنسب أيضا فما في الدرر من قوله وقال الشهود نعرفه باسمه ونشرط محمد معرفته بوجهه أيضا تحريف من النساخ والصواب ان يقال وقال الشهود نعرفه بوجهه وشرط محمد معرفة الاسم والنسب أيضا (قوله لانها خمس صور) فيه انها تزيد على ذلك دعوى (قوله سرق مني اوغصبته الخ) ذكر الغصب والسرقة تمثيل والمراد دعوى فعل عليه فلو قال المدعي اودعتك اياه او اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا لا تندفع ولو قال المدعي ملكي وفي يدك بغير حق لا يكون دعوى الغصب فتندفع لو برهن على الايداع بالطريق المذكور بحر عن البزازية (قوله لا تندفع الخصومة) يعني فيقضي القاضي ببرهان المدعي في الاولى لانه بدعواه الشراء صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وكذا في الثانية والثالثة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق فانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وبعد القضاء لو حضر الغائب وأقام بينة على ذلك تقبل بينته لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد فقط درر وغيرها

خلافا لابن ابي ليلى فان عنده تندفع الخصومة بمجرد قوله بغير بينة وقال ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وان برهن وقال أبو يوسف اذا كان ذو اليد صالحا اندفع عنه الخصومة اذا برهن واذا كان معروفا بالحيل لا تندفع الخصومة بالبينة رجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس هذا الذي ذكرنا اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال شهود ذي اليد أودعه رجل لا نعرفه أصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا يندفع خصومة المدعي عن صاحب اليد بالاجماع وان قال الشهود نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا يندفع خصومة عند محمد وعند أبي حنيفة يندفع الخصومة عنه وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اما لانها خمس صور او لان فيها خمسة اقوال كما بينا (وان قال) المدعى عليه (ابتعته) أي اشتريته (من الغائب) أو قال غصبته أو قال المدعي سرق مني أو سرقته (وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن) ذو اليد (عليه) أي على ما قاله وهو الوديعة (لا) تندفع الخصومة وقال محمد تندفع في قوله سرق مني ولو قال غصب مني تندفع

كالزيلعي وتعقبه عزمي زاده فليراجع فان قلت دعوى الفعل عليه فيما اذا قال غصبته او سرقته ظاهر وليس بظاهر فيما اذا قال سرق مني بناء الفعل للمجهول لانه لم يدع عليه الفعل فالقياس ان تندفع الخصومة فيه كما هو قول محمد قياسا على غصب فانها تندفع فيه بالاتفاق قلت القياس ما ذهب اليه محمد من ان الخصومة تندفع في كل من سرق وغصب لعدم دعوى الفعل عليه خلافا لهما في سرق ولكن وجه الاستحسان ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه الذي هو في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (قوله وان قال المدعي ابتعته من فلان الخ) حاصل هذه المسئلة ان المدعي ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بان يده من الغائب فقد اتفقا على ان الملك فيه للغائب فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي بينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه أحق بامساكها ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره قال في البحر وهي عجيبة وسبقه على التعجب الزيلعي قال الحموي ولا عجب لان اقراره على الغير غير مقبول واعلم ان دعوى الشراء ليست بقيد فلو ادعى انه غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت لتوافقهما ان اليد لذلك الرجل ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب استحسانا تنوير وشرحه عن البزازية (قوله اودعنيه فلان ذلك) أي بنفسه فلو وكيل لم تندفع بلا بينة در وغيره لان الوكالة لا تثبت بقوله وقيد باتحاد الغائب لانه لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على ايداع غائب آخر لا تندفع بحر عن البزازية (فروع) قال المدعي عليه لي دفع يمهل الى المجلس الثاني صغرى * للمدعي تحليف مدعي الايداع على البتات درر وله تحليف المدعي على العلم وتمامه في البزازية كذا في الدر والمراد من قوله وله تحليف المدعي على العلم أي للمدعي عليه اذا ادعى الدفع بالايداع ونحوه وعجز عن اثباته ولم يصدقه المدعي في الدفع

(باب ما يدعيه الرجلان)

أي على ثالث او احدهما على الآخر ومناسبة تأخير هذا الباب عن دعوى الواحد غنية عن البيان اذ الواحد قبل المتعدد (قوله وكل يزعم انه له ملكا) مطلقا ولم يذكر اسباب الملك ولا تاريخها اما اذا ذكر ذلك فسيأتي حكمه حموي (قوله وبرهنا على ما في يد رجل آخر) قيد بالبرهان اذ لو برهن أحدهما فقط فانه يقضى له بالكل فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لان المقضي له صار ذا يد بالقضاء له وان لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد فان حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها وان نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ثم بعده اذا أقام صاحب اليد البينة انه ملكه لا تقبل لانه صار مقضيا عليه بحر (قوله على سبيل التنصيف) لتساويهما ولحديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة أقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين قال في البحر ومن هذا القبيل ما في المنية اقاما بينة على عبد في يد رجل احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما وظاهره ان ما في المنية لم يذكره المصنف وليس كذلك ولهذا نقل الحموي عن المقدسي ان ما في المنية سيذكره المصنف بعد قليل انتهى وأراد به ما سيأتي من قوله ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا وشمل اطلاقه ما اذا ادعى الوقف فيما في يد ثالث فانه يقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل الملك المطلق باعتبار ملك الوقف ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفع ذو اليد بانه مودع فلان

ونحوه

(وان قال المدعي ابتعته من فلان او اودعنيه فلان ذلك وقال ذو اليد بعينه دفعه سقطت الخصومة بلا بينة)* *(باب ما يدعيه الرجلان)* *اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر وكل يزعم انه له (ملكا) وبرهنا على ما في يد رجل (آخر قضى) به لهما على سبيل التنصيف وفي قول الشافعي

ونحوه وبرهن فانها تندفع خصومة المدعى كما فى الاسعاف فدعوى الوقف داخل فى المسئلة المخمسة بحر وذكر شيخنا ما نصه المستأجر والمرتهن والمودع والغاصب من الواقف ليسوا خصما أما فلا تسمع دعوى الوقف عليهم اذا برهنوا على ما ذكر على ما عرف فى مخمسة الدعوى انتهى وذكر الخصاف ما نصه ان كانت الارض فى يد رجل اودعه الواقف اياها أو رهنه اياها أو كان مستأجرا من الواقف او غصبها من الواقف وهو مقر انها للواقف قال لا يكون احد من هؤلاء خصما عن الواقف حتى تقوم البينة على اقرار الواقف بحضرة وارث له او وصى انتهى (قوله تهاترت البينات) لان احداهما كاذبة بيقين زيلعى (قوله يقرع الخ) رد بأن حديث القرعة كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بحر (قوله سقطا) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك وفرق القاضى بينهما حيث لا مرجح فان كان قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما بحر عن منية المفتى (قوله هذا اذا كانت حال حياتها) اسم الاشارة يعود على سقوط كل من البرهانين لعدم ما تترجح به احدى البينتين على الاخرى بأن لم يؤرخا فلو ارخت احداهما دون الاخرى قضى للمؤرخ على ما يعلم من كلام البحر (قوله وان كانت الدعوى بعد موتها تقبل البينتان) ان لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما وعلى كل منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد ثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان من الابن ميراث أب واحد بحر عن الخلاصة وغيرها وخاف ان المراد من قوله فى الخلاصة فان جاءت بولد الخ أى ان كانت جاءت بولد قبل الموت فسقط قول السيد الحموى ولا يخفى أن قوله فى الخلاصة فان جاءت بولد مشكل لان مبنى الاشكال عدم تصور مجيئها بالولد بعد الموت وقد علمت مراده (قوله وهى لمن صدقت) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها الا اذا كانت فى بيت أحدهما او دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها الا ان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فيكون هو اولى لان الصريح فوق الدلالة زيلعى وفى البحر عن الظهيرية لو دخل بها احدهما وهى فى بيت الآخر فصاحب البيت اولى (قوله او سبقت بينته) ظاهره ان الترجيح بالتصديق فى رتبة الترجيح بسبق التاريخ وليس كذلك حتى لو صدقت من لم يسبق تاريخه لا يعتبر تصديقها ويقضى بالنكاح لمن سبق تاريخه لان سبق التاريخ ارجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الاقرار فلو قال المصنف وهى لمن صدقت ان لم يسبق تاريخ الاقرار لكان اولى واما الترجيح بوجود التاريخ من احدهما فقط فمشروط بأمرين عدم اقرارها للآخر وعدم كونها فى يده ولذا قال فى البحر وعلم مما قررناه ان احدهما لو أرخ فقط فانها لمن اقرت له كما لو أرخ أحدهما وللآخر يد فانها للذى اليد كما فى الخلاصة والبزازية والحاصل ان أحدهما اذا أرخ فقط قدم ان لم يكن اقرار للآخر ولا يد الخ (قوله الا ان يوقت الشهود وقتا سابقا) فيقضى له وينقض القضاء الاول والقضاء لا يكون قضاء على الكافة مطلقا بل بشرط عدم التاريخ كما فى البحر عن الصغرى ونصه القضاء لا يكون على الكافة الا فى القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح ولكن فى النكاح يشترط ان لا يؤرخا فان أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ اسبق فانه يقضى له ويبطل القضاء الاول وسبق منا اشتراط ذلك فى الحرية أيضا فى باب الاستحقاق انتهى وقوله ولكن فى النكاح الخ أى القضاء فى النكاح انما يكون على الكافة اذا لم يؤرخا ويحمل على ما اذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالنص والتصديق والا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما فى عدم التاريخ (قوله لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) صريح فى ان سبق التاريخ ارجح من اليد فيكون ارجح من التصديق أيضا بالاولى لان التصديق لا يعتبر مع وجود اليد فشرط اعتبار التصديق ان لا يوجد سبق التاريخ وان لا تكون فى يد احدهما كما قدمناه والحاصل كما فى الزيلعى انهما ان تنازعا فى امرأة واقاما البينة فان أرخا وكان تاريخ أحدهما اقدم كان هو اولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شئ يرجع الى تصديق المرأة

تهاترت البينتان وفى قول تقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته (و) لو برهنا (على نكاح امرأة سقطا) أى البرهانان هذا اذا كانت حال حياتها وان كانت الدعوى بعد موتها تقبل البينتان لان الارث يقبل الاشتراك (وهى) أى المرأة (لمن صدقت) له (أو سبقت بينته) أى لو ادعى على امرأة نكاحا بعد أن ... فأقام البينة فقضى بها له ثم ادعى آخر وأقام البينة على انها امرأته ... عليها وأقام البينة ... الشهود ... لا يحكم بها الا ان يوقت الشهود ... وكذا اذا كانت المرأة فى يد ... لا تقبل بينة ... ورجحه ظاهر ... السبق عبد ... الزوج ... الا على وجه ... الخارج ... ادعى رجلان كل واحد ... فى يد رجل ... (و) برهنا (على الشراء منه)

انتهى (قوله أي من ذى اليد) ليس بقيد بل كذلك ينتصف المتنازع فيه بينهما اذا ادعيا الشراء من غير ذى اليد وبرهنا عليه (قوله ونقدا الثمن) أى وبرهنا على نقدا الثمن وليس قيدا احترازيا اذ الحكم بالتنصيف لا يتوقف عليه لكن ينظر حكم ما اذا برهنت احدى البينتين على نقد الثمن دون الاخرى (قوله ولم توقت واحدة من البينتين وقتا) احترز به عما اذا وقتا وسبق تاريخ احداهما حيث يقضى به للاسبق كما سيأتى وكذا يعتبر التاريخ من احد الجانبين عند ابى يوسف كما سيأتى فى الشارح ومقتضاه ثبوت الخلاف لغيره وسيأتى ما فيه (قوله وان شاء تركه وأخذ كل الثمن) لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته فى تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل ينبغى ان تبطل البينات لكذب احد الفريقين لاستحالة توارد العقدين كملا فى وقت واحد اجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما فى وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا فى وقت اطلق له الشهادة به عناية (قوله لم يأخذ الآخر كله) لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولم يوجد عناية (قوله اشارة الى انه يجوز له ان يأخذ كله قبل القضاء) وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام انه لا خيار له وهو الظاهر كما فى العناية فلا فرق على الظاهر بين ان يكون الامتناع من اخذ النصف قبل القضاء او بعده (قوله فللسابق) لانه اثبت الشراء فى زمن لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به بحر (قوله عند أبى يوسف) فى الزيلعى ما يفيد الاتفاق وكذا فى البحر وهو الظاهر أيضا من كلام العناية وعلل المسئلة بانه اثبت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك انتهى لكن كلام العينى فى شرح قول المصنف ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ او على الشراء من واحد يشهد لما ذكره الشارح ونصه ولو أرخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف المؤرخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابى يوسف ان المؤرخ ملكه متيقن فكان اولى ولابى حنيفة ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال اه (قوله وان ادعيا الشراء من واحد الخ) مقصوده من هذا الاشارة الى الاعتراض على المصنف بأن قوله والا فلذى القبض لا يطابق ما تقدم فانه مفروض فيما اذا كانا خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة ويجاب بما أشار اليه الشارح أيضا من ان فى كلام المصنف حذفا وان هذا الجزء المذكور جزاء شرط محذوف تقديره وان ادعيا الشراء من واحد الخ وان الشرط المذكور فى كلام المصنف بقوله وان أرخا جزاؤه محذوف قدره الشارح بقوله فيما تقدم فللسابق وهذا تكلف وتعسف والظاهر فى تصحيح كلام المصنف ان يقال يجوز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن بيد البائع كما فى البحر عن المعراج الا انه استشكله بما فى الذخيرة من ان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى فالحق انها مسئلة أخرى وكان ينبغى افرادها وحاصلها ان خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد اه وجوز العلامة المقدسى ان يجعل ضمير أرخا لمطلق المدعيين ولو على سبيل التجريد على ما نقل عنه السيد الحموى وهو أحسن ما يصار اليه فى الجواب لان جعل الضمير لمطلق المدعيين شامل لما اذا كانا خارجين او احدهما ذا قبض فانحل الاشكال وأراد بالوجوه الثلاثة ما اذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخ واحد منهما وقوله والخارج أى وقدم الخارج فى وجه واحد وأراد به ما اذا أرخا وسبق تاريخه (قوله فلذى القبض منهما) لانه يدل على سبق شرائه (قوله والشراء احق من الهبة) لقوته لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض واطلق فى الهبة وهى مقيدة بان لا تكون بعوض اذ لو كانت بعوض كانت بيعا كما فى البحر قال ومقتضاه استواء الشراء والهبة بعوض واذا ادعى

احدهما

اى من ذى اليد ونقدا الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فيكون (لكل) واحد من المدعيين (نصفه بيدله ان شاء) ورجع كل منهما على البائع بنصف الثمن وان شاء تركه واخذ كل الثمن (وبإباء احدهما) عن أخذ نصف المدعى (بعد القضاء) أى بينهما (لم يأخذ الآخر كله) لانه لا يجوز الا بالعقد الجديد فى النصف الثانى الباقى قوله بعد القضاء اشارة الى انه يجوز له ان يأخذ كله قبل القضاء هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا (وان أرخا) وتاريخ احدهما سابق فللسابق وكذا اذا أرخ احدهما ولم يؤرخ الآخر للمؤرخ عند أبى يوسف وان ادعيا الشراء من واحد واحدهما قابض وأرخا تاريخا (فللسابق والا) أى وان لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا او أرخ واحد منهما (فلذى القبض منهما والشراء احق من الهبة)

أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة يجاب بما في الهداية من انه لا ترجيح باللزوم قال في العناية وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يظهر في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا أي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من الاثنين جائزة عندهما خلافا له وقيل يجوز بالاجماع لطرو الشيوع زيلعي (قوله حتى اذا ادعى أحدهما) أي أحد الخارجين على ذي يد وقيدنا بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا كانت في يد أحدهما والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا في سبق التاريخ فهو للاسبق وان أرخت احداهما فقط فلا ترجيح لهما وان كانت في أيديهما يقضى بها بينهما الا في سبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق بحر (قوله ولا تاريخ معهما) فان أرخا فصاحب التاريخ المقدم أولى وان لم يؤرخا ومع أحدهما قبض كان هو أولى عيني وكذا ان أرخ أحدهما فقط بحر (قوله ولو ادعيا من اثنين الخ) نقل في الدر عن هبة الدرر مانصه ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لا يقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم والاصح ان الكل لمدعي الشراء لان الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ اهـ (قوله فانه يقضى به بينهما نصفين) لانهما عند اختلاف المملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يتقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا الثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب زيلعي (تتمة) نقل في البحر عن البزازية انه لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من مملكهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اهـ وهذا لا ينافي ما سبق في المتن من ان الشراء احق من الهبة لانه محمول على ما اذا اتحد المملك ولهذا افاد الشارح اطلاق المتن بقوله معناه من واحد وما هنا مفروض فيما اذا اختلف المملك وحينئذ يسقط ما نقله الحموي عن المقدسي حيث قال ولقائل أن يقول رجحنا البيع فيما مر لكونه معاوضة من الجانبين وهذه العلة موجودة هنا فينبغي الترجيح بها انتهى (قوله والشراء والمهر سواء) لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فان سبق تاريخ أحدهما فالسابق أولى غاية البيان عن مبسوط خواهرزاده (قوله فيقضى لكل واحد منهما بالنصف) فللمرأة نصف العبد ونصف قيمته على الزوج وللمشتري نصف العبد ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ لتفرق الصفقة عليه عيني وهل للمرأة الفسخ في نصف العبد والرجوع على الزوج بكل القيمة لم أره والظاهر ان لها ذلك أيضا لوجود العلة وهي تفريق الصفقة (قوله وعند محمد الشراء أولى) لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذا التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع فلا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك زيلعي (قوله وفي القياس الهبة أولى) لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى أطلق الهبة وهي مقيدة بان لا عوض فيها فان كانت بشرط العوض فهي أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة بحر (قوله من واحد) أراد به غير ذي اليد قال في الدر واحترز بهذا عما اذا برهن على ما في يد آخر كما مر انتهى وفيه كلام لعزمي زاده فليراجع (قوله فالاسبق أحق) لانه اثبت انه أول

حتى اذا ادعى أحدهما شراء والآخر
هبة وقبضا معناه من واحد واقاما
البينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
ولو ادعيا من اثنين ذلك فانه يقضى به
بينهما نصفين (والشراء والمهر سواء)
حتى لو ادعى احدهما شراء العبد
من ذي اليد وادعت امرأة ان
ذا اليد تزوجها عليه استويا فيقضى
لكل واحد منهما بالنصف هذا عند
ابي يوسف وعند محمد الشراء اولى
(والرهن احق من الهبة) حتى لو ادعى
احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة
وقبضا وبرهنا فالرهن اولى استحسانا
وفي القياس الهبة أولى (ولو برهن
خارجان على الملك) المطلق (و) على
(التاريخ) وهو مختلف (أو) برهن
الخارجان (على الشراء من واحد اى
فالاسبق احق) قوله من واحد اى
من غير صاحب اليد اذ دعواهما
بالشراء من صاحب اليد

المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال في البحر والحاصل انهما ان لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسئلتين وان أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما وان أرخت احداهما فقط فهي الاحق في الثانية لافي الاولى وقدمنا ان دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق يتقدم الخارج والاسبق تاريخا الخ والمراد من قوله فهي الاحق في الثانية هي ما اذا برهن الخارجان على الشراء من واحد آخر غير ذي اليد وبالاولى هي ما اذا برهنا على الشراء من ذي اليد ومنه يعلم مرجع ضمير الثانية في قوله فالسابق أولى فيهما (قوله قدمر في صدر الباب) وهو قوله ولو برهنا على الشراء منه لكل نصفه بيدله ان شاء الخ لان الضمير في منه يعود على ذي اليد كما ذكره الشارح (قوله لان حكمهما واحد) فان قلت لا نسلم ان الحكم واحد بل هو مخالف لقول المصنف هنا فالاسبق أحق وفي السابقة لكل نصفه قلت لا تخالف لانه انما كان الاسبق أحق هنا لاجل اختلاف التاريخ حتى لو لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا يكون الحكم كالسابقة وهو القضاء بالتنصيف فقوله لان حكمهما واحد أي عند عدم سبق التاريخ ومن هنا تخرج الجواب عن دعوى التكرار وان لم يكن المراد بالواحد في كلام المصنف غير ذي اليد فدعوى الشارح التكرار ممنوع أيضا لاشتمال هذه الصورة على سبق التاريخ بخلاف السابقة فالتقييد في كلام المصنف بقوله من واحد وأراد به غير ذي اليد لا لدفع التكرار بل للاشارة الى انه لا فرق في الحكم وهو القضاء بالتنصيف عند سبق التاريخ أو القضاء به للاسبق عند وجود السبق بين ما اذا برهن الخارجان على الشراء من ذي اليد أو من غيره فأشار الى الوجه الاول بالمسئلة السابقة والى الوجه الثاني بهذه المسئلة ثم رأيته في العناية قال قوله من واحد أي من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره انتهى فهذا يعين ما قلنا (قوله من رجل آخر) اي غير الذي يدعي الشراء منه الرجل الآخر (قوله وذكرا تاريخا واحدا استويا) لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولو اختلفا في التاريخ كان للاسبق كما اذا كان المملك لهما واحدا وما في الزيلعي من انه يكون بينهما وان سبق تاريخ أحدهما وتبعه العيني فسهو قال في البحر والعجب من الزيلعي انه جعله من قبيل دعوى الملك المطلق ونسي ما قاله في الكتاب قريبا من قوله ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ فالاسبق أحق مطلقا انتهى ومعنى مطلقا اي سواء اتحد المملك او اختلف وعن هذا قيد الشارح التاريخ الذي ذكره المصنف مطلقا بقوله واحدا للاحتراز عما اذا اختلف التاريخ ثم رأيت المقدسي انتصر للزيلعي فليراجع ورأيت بخط شيخنا انه في الدر نقل عبارة العيني واقرها قال وعليه فلا تصويب اه ثم اعلم ان المؤلف لو قال وذكرا تاريخا أو أرخ واحدهما فقط لكان اولى اذ لا يترجح صاحب التاريخ على غيره لان توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره بحر (قوله استويا) لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه زيلعي ثم لا بد من ذكر المدعي وشهوده ما يفيد ملك بائعه ان لم يكن المبيع في يد البائع وان شهدوا بيده فقولان درعن البزازية (قوله وعن محمد انه لا تقبل) لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته بعده لغيره لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه بحر فقيد بسبق تاريخ ذي اليد لانهما لو لم يؤرخا واستوى تاريخهما او أرخت احداهما فقط كان الخارج أولى ولو في ايديهما فالمؤقتة أولى ولو في يد ثالث فهما سواء عنده وعند أبي يوسف تقدم المؤقتة وعند محمد المطلقة الخ (قوله النتاج) النتاج ولادة الحيوان ووضعه عنده من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب والمراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورثه ولهذا قال في خزانة الاكمل لو أقام بينة ان

قدمر في صدر الباب فالتقييد بغير اليد لدفع التكرار لا لان صاحب اليد لان حكمهما واحد (و) لو برهن الخارجان (على الشراء من رجل آخر وذكرا تاريخا) واحدا (استويا) فيكون بينهما ثم خير كل واحد منهما كما ذكر من قبل (ولو برهن الخارج على ملك) مطلق (ومؤرخ وتاريخ ذي اليد اسبق) فذو اليد أحق منه وعن محمد انه لا تقبل بينة ذي اليد (أو برهن) أي الخارج وذو اليد (على النتاج)

هذه

هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده او ان هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فانه لا يقضى له واعلم ان ذا اليد انما يقضى له فى دعوى النتاج و يقدم على الخارج اذا لم يتنازعا فى الام أما لو تنازعا فيها فى الملك المطلق وشهدوا بها او بنتاج ولدها فانه لا يقدم بحر بق ان يقال الضمير فى قوله والمراد ولادته فى ملكه أو فى ملك بائعه لكل من الخارج وذى اليد على سبيل البدل كما يدل عليه كلام صاحب الدرر ولهذا نقل شيخنا عن عزمى زاده مانصه ولو قال عند بائعهما كما وقع فى عبارة التسهيل لكان أوضح انتهى (قوله فذو اليد أحق) لان بينته قد دلت على مادلت عليه بينة الخارج ومعه ترجيح اليد فكان اولى عينى وهذا اذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا كالغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو العارية او نحوها فأما اذا ادّعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى فى رواية وقال الفقيه أبو الليث يقضى لذى اليد لانه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الاجارة أو الاعارة والنتاج أسبق درر قال شيخنا وقوله أو نحوها كالسرقة واذا ترجحت بينة ذى اليد على النتاج على بينة الخارج على مطلق الملك كما فى الدرر عن الذخيرة فانها تترجح أيضا على بينة الخارج على الشراء من غير ذى اليد بالطريق الاولى لان الملك المطلق أكثر من الملك المقيد بالشراء شيخنا ولو برهن أحدهما على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان وكذا لو كانت الدعوى بين خارجين ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذلك المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء الاول لانه بمنزلة النص كذا فى الهداية (قوله أو على سبب ملك لا يتكرر) لانه فى معنى النتاج عينى (قوله كنسج الثياب القطنية) وكذا جز الصوف والمرعزى عينى والمرعزى بكسر الميم وسكون الراء وكسر العين المهملتين وتشديد الزاى المعجمة وقصر الالف الشعر الخفيف الذى ينتف من ظهر المعز ويعمل منه الاكسية ونحوها شيخنا عن الواني ثم رأيت بخط الشيخ شاهين عن غاية البيان معزيا للجوهرى انه اذا قيل مرعزى بالتشديد يقصر وان قيل مرعزاء بالتخفيف يمد قال وان شئت فتحت الميم وقد تحذف الالف فيقال مرعز (قوله هذا جواب جميع المسائل الاربعة) ولا يخالفه مافى العينى تبعا للزيلعى من جعله المسائل ثلاثا جمعا البرهان على النتاج وعلى سبب ملك لا يتكرر مسئلة واحدة اذ كل منهما دعوى ملك بسبب كما نبه عليه شيخنا (قوله لانه ان كان سببا يتكرر الخ) كالبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى أهل الخبرة فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج درر وقوله لان القضاء ببينته هو الاصل يعنى ان مقتضى القياس ذلك ولكن ترك القياس بالاثر وهو ماروى انه عليه الصلاة والسلام قضى لذى اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة انها ناقته نتجت عنده وأقام ذو اليد بينة انها ناقته نتجت عنده وقوله يرجع الى أهل الخبرة لو احدهم يكفى والاثنان احوط عزمى و زيلعى وذكر فى غاية البيان انه ذا اشكل على أهل الخبرة اختلفت الرواية ففى رواية أبى سليمان يقضى لذى اليد وفى رواية أبى حفص يقضى للخارج وانما كانت الحنطة والحبوب مما يتكرر لانها تزرع ثم بعد البذر ثم تزرع ثانيا (قوله ولا تاريخ الخ) فان أرخا قضى به لصاحب الوقت الآخر بحر عن خزانة الاكمل (قوله وعند محمد يقضى بالبينتين) ويكون للخارج لامكان العمل بهما فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك لبائعه فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لتعذر الجمع لجواز كل من البيعين بخلاف الاول بحر عن الهداية فالقضاء بالبينتين عنده خاص بما اذا لم يذكروا القبض وبه يعلم مافى كلام الشارح كذا قيل قلت قال فى البحر بعد ان اورد عبارة الهداية وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى ثم رأيت فى الشرنبلالية مايكون تأييدا لكلام الشارح حيث قال وعند محمد يقضى بالبينتين يعنى ان ذكروا القبض

فذو اليد أحق منه وقال عيسى بن ابان تهاتر البينتان وترك العين فى يد ذى اليد لا على طريق القضاء (او) برهنا على (سبب ملك لا يتكرر) كنسج الثياب القطنية والغزل وحلب اللبن (او) برهن (الخارج على الملك) (و) برهن (ذو اليد على الشراء منه) اى من الخارج (فذو اليد احق منه) هذا جواب جميع المسائل الاربعة وانما قيد بقوله سبب ملك لا يتكرر لانه ان كان سببا يتكرر لا يقضى لذى اليد بل للخارج (ولو برهن كل منهما) (على الشراء من الآخر) يعنى اذا ادعى الخارج انه اشترى منه هذه الدار من ذى اليد وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ) واقاما البينة على ما ادعياه (سقطا) أى البرهانان مطلقا أو لم يشهدوا بالقبض (وترك الدار فى يد ذى اليد) ... وعند محمد يقضى بالبينتين ...

الخ (قوله ولا ترجح) يحتمل ان يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث فعلى الاول يعود الضمير المستتر على الحكم وعلى الثاني يعود على الدعوى الى هذا أشار العيني (قوله بزيادة عدد الشهود) لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة في العلل ولذلك قلنا ان الخبرين اذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه وهو الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يترجح المشهور بكثرة رواية على الشاذ لظهور زيادة قوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ويترجح بفقه الراوي وحسن ضبطه واتقانه لانه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذي وصل الينا النقل وكذلك الآيتان اذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح احداهما بآية أخرى بل بقوة في معنى الحجة وهو انه نص مفسر والآخر مؤول وكذلك لا يترجح أحد الخبرين بالقياس فعرفنا ان ما يقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم غاية البيان (قوله وعدالتهم) مراده ان احدى البينتين لا تترجح على الاخرى بكثرة العدالة الخ فليس المراد بالعدالة أصلها وسيأتي في كلامه ما يدل على ذلك وهو قوله وعند مالك يقضي لاعدل البينتين (قوله وعند الاوزاعي الخ) وهو مذهب الشافعي في القديم وبعض المالكية عيني والاوزاعي مجتهد بالشام معاصر لابي حنيفة (قوله وعند مالك يقضي لاعدل البينتين) قلنا العبرة لاصل العدالة فلا ترجيح بزيادتها اذ لا حد للاعدلية (قوله فللاول ربعها والباقي للآخر) لان مدعي الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف الربع وهذا عند أبي حنيفة بطريق المنازعة (قوله وقالا تقسم الدار بينهما اثلاثا) بطريق العول والمضاربة لان في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد واعلم ان انواع القسمة اربعة ما يقسم بطريق العول اجماعا وبطريق المنازعة اجماعا وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وعكسه كما بسطه الزيلعي والعيني وغاية في البحر (قوله نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك درر (قوله ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بلا دعوى فيترك في يده درر والضمير البارز في قوله وهو الذي كان بيده يرجع لمدعي الكل شيخنا (قوله قضى لمن وافق سنها تاريخه) لشهادة الظاهر ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما أو في يد أحدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد أحدهما ولهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث زيلعي (قوله اي تاريخ البينة) وذكر المصنف الضمير لتأويل البينة بالبرهان شيخنا (قوله فلهما) لان احدهما ليس اولى من الآخر لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصارا كانهما لم يؤرخا عيني (قوله هذا اذا ادعى خارجان) اسم الاشارة راجع لتقييد الاطلاق في قول المصنف فلهما أي انما يقضى بها لهما ان اشكل سنها ولم يوافق أحد التاريخين اذا ادعى خارجان وذو يد والى هذا اشار شيخنا واعلم ان موافقة السن احد التاريخين تستلزم اختلاف التاريخ حتى لو لم يختلف التاريخ بان ارخا تاريخا واحدا يقضى بها لهما أيضا وان لم يشكل بان وافق التاريخين (قوله وان وافق وقت ذي اليد أو اشكل) او خالف في الاصح شيخنا (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعني في الخارجين كما في العناية ومثله ما لو كانا ذوي يد فهو تصريح بمفهوم المتن كذا بخط شيخنا (قوله بطلت البينتان) لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في أيديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذي اليد عيني (قوله وفي المبسوط الخ) وهو الاصح كما في العناية وأراد بالفصلين ما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا لا يقضى بها بينهما نصفين

(ولا ترجح بزيادة عدد الشهود وعدالتهم) حتى لو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا وعند مالك يقضى لاعدل البينتين (دار في يد) رجل (آخر) أي خالد مثلا (ادعى رجل) أي زيد مثلا (نصفها و) ادعى رجل (آخر) أي بشر مثلا (كلها وبرهنا) على ذلك تقسم الدار بينهما ارباعا (فللاول) وهو مدعي النصف (ربعها والباقي للآخر) أي لمدعي الكل وقالا تقسم الدار بينهم اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف (ولو كانت في ايديهما) أي في ايدي مدعي النصف ومدعي الكل (فهي للثاني) أي الدار كلها لمدعي الكل نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء (ولو برهنا على نتاج دابة وارخا) تاريخا (قضى لمن وافق سنها تاريخه) أي تاريخ البينة (وان اشكل ذلك) أي لا يعلم سنها (فلهما) هذا اذا ادعى خارجان اما اذا ادعى الخارج وذو اليد النتاج واقاما بينة وذكرا تاريخا فان وافق سن الدابة وقت الخارج قضى له وان وافق وقت ذي اليد أو اشكل قضى لذي اليد وان خالف سن الدابة الوقتين أي لا يوافق تاريخ هذا ولا تاريخ ذلك بطلت البينتان هكذا ذكر الحاكم في مختصره وفي المبسوط الدابة بينهما في الفصلين

عناية

عناية (قوله ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة الخ) قد تكرر من صاحب البحر ذكر هذه المسئلة في هذا الباب وعزاها للأئمة ثم ذكرها فيما بعد من هذا الباب أيضا معزوة الى الخلاصة وعذره الذهول عن ذكر المصنف لها والا لاكتفى بذكر المصنف (قوله فهو بينهما) لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق عيني بخلاف ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق (قوله أحق من أخذ اللجام والكم) فيه لف ونشر مرتب (قوله فالراكب واللابس اولى) لان تصرفهما اظهر الا ان يقيما البينة وكذا اذا كان احدهما راكبا والآخر رديفا فانه تكون للراكب كما في الهداية وجرى عليه في التنوير وغيره كالعيني لكن نقل الاتقاني عن الاسبيجابي في شرح الطحاوي انه اذا كان أحدهما في السرج والآخر خارج السرج يقضى به بينهما بالاجماع وروى عن أبي يوسف انه يقضى بها للراكب في السرج ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة احدهما في السرج والآخر رديف ادعياها فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان قال الشيخ الشلبي فعلم مما ذكره في شرح الطحاوي والاجناس ان الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وان كان احدهما رديفا وما في الهداية فذاك على رواية النوادر انتهى ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغي ان يكون الماسك اولى ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا بطريق القضاء وكذا اذا كانا جالسين عليه بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما عيني واعلم ان ما ذكره العيني هنا بلفظ ينبغي ذكره في شرحه على الهداية معزوا للذخيرة بلا لفظ ينبغي بل جزم به من غير تردد (قوله احق من الغير) اما الاولى فلان صاحب الحمل هو المتصرف فيها التصرف المعتاد كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبا والآخر ممسكا بذنبها وآخر يجذف فيها وآخر عندها فهي بينهم الا من عندها فانه لا يد له فيها واما الثانية فلان صاحب الجذوع هو المستعمل لان البناء يبنى للجذوع عادة ولو كان لكل منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا تعتبر الكثرة ولا القلة بعد ان تبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للسقف وذلك لا يحصل غالبا بدون الثلاث فصار الثلاث كالنصاب ولو لاحدهما ثلاث وللآخر دون الثلاث فهو لصاحب الثلاثة وروى عن الامام انه بينهما ولصاحب الجذع او الجذعين حق الوضع فلا يؤمر بالقلع لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق الا اذا ثبت بالبينة ان الحائط لصاحب الجذوع ولو لاحدهما جذع دون الآخر قيل لصاحب الجذع وقيل بينهما وأما الثالثة فلان الاتصال يدل على انهما بنيا في وقت واحد فترجح به عيني وقوله يجذف أي يقذف بالدال والجيم قال في المغرب جذف يجذف من باب ضرب اذا حرك وقال الكسائي جذف الطائر يجذف جذوفا اذا كان مقصوصا فرأيته اذا طار كانه يرد جناحيه الى خلفه قال الاصمعي ومنه سمي مجذاف السفينة وجناحا الطائر مجذافا قال ابن دريد مجذاف السفينة بالدال والذال جميعا لغتان فصيحتان صحاح الجوهري (قوله فصاحب الحمل احق) فلو الحمل لهما استويا وان كان مال أحدهما اكثر عيني (قوله فصاحب الجذوع أولى) فان كان له عليه هراوى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب الجذوع لكنه لا يؤمر بدفع الهراوى والبوارى عيني وذكر في الدرر عن الخانية ما نصه ولا يختص به صاحب الهراوى بل صاحب الجذع الواحد أحق منه انتهى والهراوى خشبات توضع على الجذوع والبوارى الحصر التي توضع عليها (تتمة) حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديا لا يسقط بابراء ولا صلح وعفو وبيع واجارة درر عن الاشباه (قوله فصاحب الاتصال أحق) حيث لم يكن الآخر ذا تصرف لان الظاهر انهما بنيا معا فكان صاحب الاتصال أسبق ملكا من الآخر فترجح به دعواه وأما اذا كان المتنازع فيه في تصرف المدعى عليه ويده فهو أحق من صاحب الاتصال كذا بخط شيخنا (قوله والمراد بالاتصال الخ) يريد به اتصال التربيع فاتصال الملازقة غير معتبر كما في التنوير (قوله طرفه في يده) لو أبقى المتن على اطلاقه ليشمل

(ولو برهن احد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) أي اذا كان العبد في يد رجل وأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما نصفان (والراكب واللابس احق من آخذ اللجام والكم) أي اذا تنازعا في دابة وقبض احدهما راكبها او لابسه والآخر متعلق باللجام والكم فالراكب واللابس اولى (وصاحب الحمل احق من الغير) أي اذا تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل أو تنازعا في حائط فصاحب الحمل أحق ولاحدهما عليه جذوع فصاحب الجذوع أولى واذا كان لرجل حائط متصل بداره فصاحب الاتصال أحق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وان كان الحائط من الخشب فالاتصال بان تكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى (وثوب) طرفه (في يده وطرفه) الآخر (في يد) آخر

مالو كان الذى فى يدها أكثر ممافى يد الآخر كان أولى اذالحكم وهو التنصيف بينهما لا يختلف لان الزيادة من جنس الحجة فلاتوجب زيادة الاستحقاق (قوله نصف الثوب بينهما) لان يد كل منهما ثابت فيه ولا معتبر بالكثرة فى احدهما لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا كان فى يد الآخر الهدبة اذهى غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر عينى (قوله فوى الخ) فوى القول معناه يعدو يقصر (قوله فالقول له) لانه فى يد نفسه فلا تقبل دعوى أحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ درر عينى وفى كلام المصنف ادخال الفاء فى خبر المبتدا الذى ليس هو من صيغ العموم وهو مما منعه الجمهور واجازه الاخفش وقد يقال ان الخبر محذوف وماذكر معطوف عليه والتقدير صبى يعبر عن نفسه ادعى عليه انه عبد فقال الخ كذا قيل وتعقب بأن المبتدأ هنا نكرة موصوفة بجملة وهى من صيغ العموم (قوله لفلان) أى غير ذى اليد بدليل قول الشارح والذى هو فى يده يدعى الخ (قوله فهو عبد للذى الخ) لانه أقرانه لايد له حيث اقر على نفسه بالرق لا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى فكيف يصح اقراره به لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبى بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل فى الآدمى الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان فى يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد عليه دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل زيلعى (قوله أو صبى لا يعبر) معطوف على المبتدا او على فاعل قال وعلى الاول فالقول ومقوله محذوفان وعلى الثانى المحذوف هو المقول ولو قدر الشارح كان واسمها العائد على صبى فقال أو كان الصبى الخ لاستغنى كلام المصنف عن التقدير وان كان حذف كان واسمها مع غيران ولو قليلا ويلزم على تقدير الشارح التسوية بين من يعبر عن نفسه ومن لا يعبر فى ان الحكم برقه موقوف على اقراره وليس كذلك لان من لا يعبر عن نفسه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لذى اليد ان ادعاه لعدم المعارض وأما من يعبر فهو فى يد نفسه فيعتبر اقراره كذا قيل وفيه نظر لان اعتراضه مبنى على اعتبار مفهوم الشرط وهو غير معتبر عندنا على ان القائل باعتباره انما يقول به اذا لم يكن مفهوم المخالفة اولى بالحكم أو مساويا وهنا سكوت من لا يعبر مساو لقوله لعدم اعتبار اقراره (قوله فالساحة نصفان) لان كلا من المالك يحتاج اليها للاستعمال فى انواع المرافق من المرور فيها والتوضؤ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما كالطريق لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الاحتياج اليه لاجل السقى فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة عينى واعلم ان القسمة على الرؤس فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب أى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين (قوله لكن لبن) بتشديد الباء أو التخفيف مع الاضافة الى قوله أحدهما فيها أى ضرب فيها البنا وهو الطوب النىء على الاول أو كان لبنه موضوعا فيها على الثانى حموى وأقول ماذكره من الاحتمال الثانى يأباه قول المصنف أو بنى حيث ذكره بصيغة الفعل بدليل رسمه بالياء لا بالالف وتجريده عن الضمير ولهذا اقتصر العينى على التشديد (قوله فهى فى يده) لان اليد فى الارض غير مشاهدة فلا تثبت بمجرد دعواهما بل ببينة او تصرف مما ذكر كالتلبين او البناء او الحفر لان التصرف من هذه الاشياء دليل انها بيده ثم ان تصادقا انها فى أيديهما أو فى يد أحدهما لم يقض بلا بينة لاحتمال تواضعهما على ذلك عينى (قوله كما لو برهن انها فى يده) فانه يقضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وان برهنا على انها فى أيديهما قضى بها لهما فان طلبا القسمة لم تقسم

(صبى) نصف) الثوب بينهما
فى يد رجل (يعبر عن نفسه) أى يعقل
فوى ما يجرى على لسانه (فقال)
الصبى (أنا حر) وانكر صاحب اليد
(فالقول له) أى الصبى (وان قال)
الصبى العاقل (أنا عبد لفلان) والذى
هو فى يده يدعى انه عبده فهو عبد
للذى هو فى يده (أو) صبى (لا يعبر
عن نفسه فهو عبد لمن فى يده) فى
المسئلتين (عشرة ابيات من دار فى يد
رجل (و) بيت فى يد (آخر) تنازعا
فى الساحة (فالساحة نصفان) بينهما
(ادعى كل) واحد من المدعيين
(ارضا انها فى يده) ولا بينة لهما
(و) لكن (لبن احدهما فيها) أو بنى
احدهما فيها (او حفر فهى فى يده
كما لو برهن انها فى يده

بينهما مالم يقيما البينة على الملك قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم عيني

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا عناية والدعوة الى الطعام بالفتح وفي النسب بالكسر وقد يعكس وأما في الحرب فبالضم نهاية ثم الدعوة في النسب على ثلاثة أنواع دعوة استيلاد وهي التي تستند الى وقت العلوق بان يكون العلوق في ملكه ودعوة تحرير وهي التي تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق في ملكه ودعوة شبهة وهي دعوة الاب ولد أمة ابنه فيثبت منه النسب وان لم يصدقه ابنه بشرط ان تكون الامة في ملك ابنه من حين العلوق الى حين الدعوة (قوله لاقل مدة الحمل) أي من ستة أشهر في هذا المزج نظر لانه جعل من في كلام المصنف بيانية وجعل صلتها فعل محذوفة من كلام المصنف فصار مفاده انها جاءت به لاقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر وهذا فاسد لانها اذا جاءت به لستة أشهر لا تصح دعوة البائع ان لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد حموي (قوله فادعاه البائع فهو ابنه) بشرط ان لا يسبقه المشتري في الدعوة كما سيذكره الشارح قريبا والحاصل ان البائع اذا ادعى ولد المبيعة فلا يخلو اما ان تجيء به لاقل من ستة أشهر أم لا والثاني لا يخلو اما ان تجيء به لاقل من سنتين أم لا ثم ذلك لا يخلو اما ان يسبقه المشتري في الدعوة أم لا وكل ذلك لا يخلو اما ان يسبقه المشتري في الدعوة أم لا بأن ادعاه مع البائع أو بعده أو لم يدع أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الولد المدعى نسبه حيا أو ميتا والاول لا يخلو اما ان يوقع المشتري به مالا يمكن نقضه كالعتق والتدبير أو ما يمكن كالبيع والكتابة والرهن والاجارة والهبة أم لا وكذلك الام على هذا التقسيم اما أن تكون وقت الدعوة حية أو ميتة فان كانت حية فاما ان يكون المشتري اوقع بها مالم يكن نقضه وهو العتق والتدبير أو ما يمكن وهو البيع والكتابة والرهن والاجارة والهبة والتزويج اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى البائع ولد المبيعة ينظر اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو حي لم يتصف بالعتق أو التدبير ولم يسبقه المشتري في الدعوة ثبت النسب من البائع مطلقا صدقه المشتري أم لا فالتقييد بالحياة للاحتراز عن الوفاة حيث لا يثبت نسبه لان الحقوق لا تثبت للميت ابتداء ولا عليه والتقييد بعدم اتصافه بالعتق او التدبير للاحتراز عما اذا كان الولد عند الدعوة عتيقا أو مدبرا بان اعتقه المشتري أو دبره حيث لا يثبت نسبه أيضا لان ثبوت نسبه يستلزم نقض عتقه أو تدبيره وكل منهما بعد وقوعه لا ينتقض بخلاف ما اذا ادعى نسبه بعد ان باعه المشتري أو كاتبه أو رهنه او وهبه أو أجره حيث يثبت نسبه وتنتقض هذه التصرفات والتقييد بعدم سبق المشتري البائع في الدعوة للاحتراز عما اذا ادعاه قبله فان النسب منه يثبت ولا يتصور بعده ثبوت النسب من البائع بخلاف ما اذا ادعاه معه أو قبله حيث لا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع لان دعوة البائع أقوى لاستنادها الى وقت العلوق بخلاف دعوة المشتري فانها تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق في ملكه فيفرق بين ما اذا ادعاه بعد موته او عتقه أو تدبيره وبين ما اذا ادعاه بعد كتابته أو رهنه أو نحو ذلك ففي الثاني يثبت النسب لا في الاول بخلاف ما اذا ادعاه بعد موت أمه أو عتقها أو تدبيرها حيث لا يفترق الحال في ثبوت النسب بين موتها وعتقها وتدبيرها وبين كتابتها واجارتها وتزويجها ونحو ذلك مما سبق الكلام عليه بل يثبت نسب ولدها بالدعوة مطلقا ولا يمنع منه ثبوت هذه الاوصاف لامه غير انه في الوجه الاول أعني الموت وأخويه لا يثبت لها امومية الولد اما في الموت فلما سبق من ان الميت لا يثبت له حقوق ابتداء ولا عليه وأما في العتق ونحوه فلان ثبوت أمومية الولد لها يستلزم نقض العتق وهو بعد وقوعه لا ينتقض وفي الوجه الثاني أعني الكتابة واخواتها يثبت لها أمومية الولد بالتبعية لثبوت نسب الولد لعدم المانع

(باب دعوى النسب)
*(ولدت) امة (مبيعة لاقل مدة الحمل)
أي من ستة اشهر (مذ بيعت فادعاه
البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ
البيع ويرد الثمن) الى المشتري

لان الكتابة ونحوها تنتقض ضمن ثبوت الاستيلاد لها هذا كله اذا ادعى نسبه والحال انها قد جاءت به
لاقل من ستة أشهر فان جاءت به لاكثر ردت دعوته الا ان يصدقه المشترى فان صدقه ثبت منه النسب
سواء جاءت به لاقل من سنتين أو لاكثر منهما وهل يثبت لامه الاستيلاد فينتقض البيع ويرد الثمن أم لا
ان جاءت به لاقل من سنتين انتقض البيع وثبت لها الاستيلاد فتصير أم ولد البائع ويرد الثمن والا فلا
(قوله مطلقا) أى سواء صدقه المشترى ام لا فهو فى مقابلة لتفصيل الآتى عن زفر والشافعى (قوله
وبه أخذ زفر والشافعى) كذا فى عامة الكتب كالزيلعى وغيره خلافا لما فى شرح العينى حيث جعل هذا
قول الائمة الثلاثة ووجه القياس تناقض البائع لان اقدامه على البيع كالاقرار بان الولد عبد فبدعواه
نسبه يكون متناقضا ودعوى المتناقض لا تسمع ووجه الاستحسان انه تناقض فى محل الخفاء فيغتفر لان
النسب يبتنى على العلوق وفيه من الخفاء مالا يخفى ونظيره المختلعة تدعى الطلاق وتريد الرجوع بالبدل
مدعية انه طلقها قبل الخلع تسمع دعواها وان كانت متناقضة لان اقدامها على الخلع كالاقرار بقيام
العصمة لكن لما كان التناقض فى محل الخفاء جعل عفوا لان الزوج يستقل بالطلاق فلعله طلق ولم تعلم
فاذا أقامت البينة على الطلاق قبلت وكذا المكاتب يدعى على المولى بعد اداء البدل انه أعتقه قبل
الكتابة تسمع وان كان بدعوى العتق متناقضا لكنه فى محل الخفاء فيعذر لان المولى يستقل بالعتق
فاذا أقام البينة عليه تقبل ويحمل على عدم علمه بالعتق وقت الكتابة فيرجع بما أدى من البدل
(قوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده) واصل بما قبله ووجه تقديم دعوة البائع على دعوة المشترى
سبق بيانه لكن لو حذف المصنف قوله أو بعده لكان أولى لانه معلوم بطريق الاولى وتذكير الضمير
فى قوله قبله أو بعده مع ان المرجع مؤنث لتأويل الدعوة بالادعاء (قوله لا يثبت النسب من البائع)
لاستغنائه بثبوت نسبه من المشترى ولان النسب لا يحتمل الابطال زيلعى (قوله بل من المشترى) لوجود
ملكه وتثبت أميتها باقراره وقيل يحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها درر وقوله وتثبت أميتها
أى أمية الولد لها (قوله ويرد الثمن كله عند أبى حنيفة) لانه تبين انه باع أم ولده وبيعها باطل
ولا يضمنها المشترى لانها غير متقومة عنده كالحرة ولهذا لا تضمن بالغصب عنده عينى (قوله وعندهما
يرد حصة الولد فقط) ولا يرد حصة الام لتقومها عندهما فتضمن بالغصب والعقد فيضمنها المشترى فاذا
رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب رد
حصة الام قال الزيلعى هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغى ان يرد البائع جميع الثمن عندهما
أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع
فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه
ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال العلامة المقدسى لعل مرادهم ما ذكره بناء على ان الغالب تساوى الثمن
والقيمة انتهى وانما لم يكن موتها مانعا من ثبوت نسب الولد لانه هو الاصل فى النسب لانها تستفيد الحرية
من جهته ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية
والحقيقة اقوى من الحق فتستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع درر والحديث ذكره عليه الصلاة
والسلام حين ولدت مارية القبطية ولده ابراهيم فقيل له ألا تعتقها فقال عليه الصلاة والسلام اعتقها
ولدها غاية البيان (قوله بخلاف موت الولد) لتعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت للميت
ولا عليه كما سبق واذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بحالها اتقانى (قوله
حتى لو حبلت أمة فى يد رجل فباعها فولدت الخ) تقييده ببيعها قبل الولادة لا للاحتراز عن بيعها مع
ولدها بعد الولادة اذ الحكم لا يختلف بل لان الكلام فى دعوة ولد المبيعة وذا انما يكون بالولادة بعد
البيع والباء من حبلت مكسورة لان فعله من باب طرب شيخنا (قوله فهو ابنه يحكم بحريته) ولا تصير
أمه أم ولد للبائع لان عتق المشترى فيها لا ينتقض وليس ثبوت الاستيلاد للام من ضروريات ثبوت

مطلقا والقياس ان لا يثبت النسب
من البائع اذا لم يصدقه المشترى وبه
أخذ زفر والشافعى (وان ادعاه
المشترى معه او بعده) وانما قيد
بهما لانه لو ادعاه المشترى أولا ثم ادعا
البائع لا يثبت النسب من البائع بل
من المشترى (وكذا ان ماتت الام)
فادعاه البائع وقد ولدت لاقل من ستة
اشهر ثبت نسب الولد واخذه البائع
ويرد الثمن كله عند أبى حنيفة
وعندهما يرد حصة الولد فقط (بخلاف
موت الولد) أى ان مات ثم ادعاه البائع
والمسئلة بحالها لم يثبت نسبه منه
(وعتقهما كموتهما) أى عتق الولد
والمبيعة حتى لو حبلت امة فى يد رجل
فباعها فولدت فى يد المشترى لاقل
من ستة اشهر منذ باعها واعتق
المشترى الام فادعاه البائع فهو ابنه
يحكم بحريته

النسب للولد لان ثبوت نسب الولد ينفك عن الاستيلاد كما في ولد المغرور وولد الامة المنكوحة زيلعي لكن ولد المغرور حر بالقيمة وكذا ولد الامة المنكوحة اذا اشتراها زوجها حرا ولاده والاول رقيق تبعا لامه (قوله ويرد عليه بحصته من الثمن عندهما) لان المبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاق المشتري فيها (قوله وعند محمد) كذا في النسخ التي وقفت عليها وصوابه وعند أبي حنيفة يرد بكل الثمن لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه وهذا قول بعض المشايخ وصححه في الهداية تبعا لشمس الائمة السرخسي وهو خلاف الرواية وقد انكر فيه الاتقاني بان محمدا نص عن الامام في الجامع الصغير وفي الاصل ان الولد يرد بالحصة من الثمن وكذا الكرخي والطحاوي كل منهما في مختصره وكذا شمس الائمة البيهقي في الشامل والكفاية وابو الليث في شرح الجامع الصغير فصير ان ما جرى عليه في الهداية مرجوح وان صححه كما ذكره عزمي زاده وكيف يقال يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط كما في الزيلعي والفرق على هذا بين الموت والعتق ان القاضي كذب البائع فيما زعم من كونها ام ولد حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا ... في رد حصة الولد في اعتاق المشتري الام ثم دعوة البائع الولد ان يقسم الثمن على قيمتهما وتعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة شيخنا (قوله فدعوته لا تصح لا في حق الولد ولا في حق الام) اما الولد فلانها ان صحت بطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان واما الثاني فلانها تبع له فاذا لم تصح في حق الاصل لم تصح في حق التبع ... والتدبير كالاعتاق وينبغي ان يكون الاستيلاد كذلك ولم أره حتى لو استولد المشتري ولدها بان كانت انثى فادعاه البائع لا يثبت نسبه مطلقا وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لانه لو ثبت ... الاستيلاد وهو كالعتق بعد ثبوته لا ينتقض (قوله وان ولدت لاكثر من ستة اشهر الخ) ... ولدت لستة أشهر فأكثر لكان اولى لانه ان ادعاه والحال انها جاءت به لتمام ستة اشهر ردت دعوته الا ان يصدقه غاية البيان وحموي عن وجيز الجامع الكبير (قوله ولاقل من سنتين او قبل تمام السنتين) ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوته لتيقن انه لم يوجد العلوق في ملكه يقينا وان صدقه أي المشتري البائع يثبت النسب اذ عدم ثبوته لرعاية حقه وان صدقه زال ذلك المانع ولا يبطل بيعه للجزم بان العلوق ليس في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه لانه دعوة تحرير وشرط الملك ليس من اهله وكانت ام ولد له نكاحا ولو ولدت ما بين الاقل والاكثر ... كان الحكم كالاول يعني ثبت نسبه وأمومتها وبفسخ البيع ويرد الثمن درر وان تنازعا فالقول للمشتري اتفاقا ولذا البينة عند الثاني خلافا للثالث درر عن الشرنبلالية والحاصل ان رد الدعوى فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لولا التصديق لا فرق فيه بين ما اذا جاءت به لاقل من سنتين او لاكثر وانما الفرق بينهما من جهة ثبوت الاستيلاد للام بعد التصديق ونقض البيع فيها ورد الثمن فلو ابقى الشارح كلام المصنف على اطلاقه متنا ولا لما لو جاءت به لاكثر من سنتين كما في الزيلعي لكان اولى (قوله ردت دعوة البائع) لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه الا ان يصدقه المشتري فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة أم ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه زيلعي (قوله حينئذ ثبت النسب) ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامرهما على الصلاح حموي واقول هذا هو الظاهر لانه يحمل على الاستيلاد نكاحا انما هو فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين كما قدمناه عن الدرر ووجه الحمل على الاستيلاد نكاحا التيقن بتأخر العلوق عن البيع فيحمل عليه كما ذكره الزيلعي ولانه لو حمل على الاستيلاد نكاحا لم تثبت امومية الولد فثبوت الاستيلاد لها يعين الحمل على الاستيلاد بملك اليمين والى ذلك يشير قول الشارح والامة أم ولده (قوله يثبت نسبهما) لانهما خلقا من ماء واحد فثبوت نسب أحدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر (قوله

ويرد عليه بحصته من الثمن عندهما وعند محمد يرد بكل الثمن ولو اعتق الولد فادعاه البائع فدعوته لا تصح لا في حق الولد ولا في حق الام وان ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين او على الاكثر من سنتين ردت دعوة البائع الا ان يصدقه المشتري فحينئذ ثبت النسب منه ويبطل بيع الامة والولد حر والامة أم ولد له ولو ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما بان ولدت توأمين ولدتهما لاقل من ستة اشهر وان ولدت توأمين ثم باع احدهما او اعتقه المشتري

والتوأمان الخ) يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ اتقاني عن المغرب (قوله ثم ادعى البائع نسب الآخر) وحيلة اسقاط دعوة البائع ان يقر البائع انه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا در عن المجتبى (قوله بطل عتق المشتري) جوز في العناية ان يقرأ بكسر الزاء على صيغة اسم الفاعل وعليه فالعتق بمعنى الاعتاق وان يقرأ بفتح الزاء مصدرا على صيغة اسم المفعول فعلى الاول الاضافة من قبيل اضافة المصدر للفاعل وعلى الثاني للمفعول ووجه بطلان العتق ان دعوى البائع بعده صحت في الذي لم يبعه وقول العيني في الذي لم يخرج انه ابنه سبق قلم والصواب كما ذكرنا في الذي لم يبعه ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حري الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه لان العتق لو بطل فيه بطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز وههنا ثبتت الحرية في الذي لم يبعه ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا عيني (قوله وان لم يكن في ملكه) بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى أمهما وهي حامل بهما او باعها فجاءت بهما لاكثر من ستة اشهر عيني (قوله والمسئلة بحالها) يعني انه باع احدهما واعتقه المشتري وادعى البائع نسب الآخر (قوله ثبت نسب الولدين منه) لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي عنده بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة وعتق الذي عند البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا يتحقق نقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد اذ الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فتقتصر على محل ولايته وصار كأن البائع اعتقهما ثم هو عتق من في ملكه فقط وليس من ضرورة عتق احد التوأمين عتق الآخر من حرية الآخر فلهذا لا يعتق من عند المشتري عليه حموي عن الرمز (قوله لان هذه دعوة تحرير) لعدم العلوق في الملك (قوله صبي عند رجل الخ) ككونه عبده اتقاني عيني (قوله فلان الغائب) الظاهر ان التقييد بالغيبة اتفاقي لا احترازي ولهذا ذكر في الدرر المسئلة مطلقة عن هذا القيد (قوله لم يكن ابنه) لان اقراره بنسبه من الغير يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة في حق نفسه عيني (قوله ولكن يعتق عليه) بدعوته لو كان عبدا للمقر اخذا بزعمه (قوله وعندهما اذا جحد العبد الخ) صوابه اذا جحد الغير لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كانه لم يقر وصار كما اذا أقر بالولاء لغيره فكذبه الغير فادعاه لنفسه بأن اقر المشتري على البائع بالعتق فكذبه فقال اعتقته وللامام انه ثبت النسب من زعم المقر لان الاقرار لا يرتد برد المقر له في حق المقر بل يبقى حتى كان للمقر له العود الى التصديق بعد التكذيب وصار كما اذا أقر بحرية عبد غيره وكذبه لغيره لا يرتد الاقرار في حق المقر حتى لو ملكه يوما يعتق عليه مؤاخذة له بزعمه والجواب عن مسئلة الولاء ان نقول لا نسلم أنها اتفاقية بل هي على هذا الاختلاف أيضا ولئن سلمنا انها اتفاقية فنقول انما كان كذلك لان الولاء يقبل الابطال كما في جر الولاء ألا ترى ان العبد اذا زوج من معتقة فأتت منه بولد كان الولاء عليه لموالي أمه فاذا اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وكذا المعتقة اذا ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاسترقت فأعتقها المشتري الثاني يثبت الولاء له بعد ان كان ثابتا للمعتق الاول بخلاف النسب فانه مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته غاية البيان (فـرع) ولد الملاعن لا يثبت نسبه من غيره لتعلق حقه به بتكذيب نفسه شرنبلالية (قوله ولو كان الصبي في يد مسلم ونصراني الخ) الظاهر ان المراد به خصوص من لا يعبر عن نفسه حتى لو كان يعبر عن نفسه يعتبر تصديقه وسيأتي عن الشارح من باب اقرار المريض بعد قول المتن وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله انه ابنه الخ ما يدل على ذلك (قوله فهو حر ابن النصراني) لانه يكون حرا حالا ومسلما مآلا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا ولا تحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها قال في العناية ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل

التوحيد

(ثم ادعى البائع نسب الآخر) بطل عتق (المشتري) وثبت نسبهما منه هذا اذا كان اصل العلوق في ملك البائع (وان لم يكن) في ملكه (ثبت نسب الولدين منه ولا يبطل عتق المشتري) في الذي عنده لان هذه دعوة تحرير (صبي عند رجل قال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان ادعاه ولكن يعتق عليه) وهذا عند ابي حنيفة وعندهما اذا جحد العبد بنوته فهو ابن للمولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه (ولو كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني) هذا اذا ادعياه معا كذا في الظهيرية

التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالفة بالدين مانع قوى ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم فى الحضانة ان الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوتهم لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لاتحتمل النقض فتعارضت الآيتان وكفر الآباء جحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رقه فيطلع منه بخلاف ترك النسب هنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة انتهى لكن فى الدر عن ابن الكمال معزيا للتحفة جزم بأنه يكون مسلما لان حكمه حكم دار الاسلام الخ وعليه فلا اشكال (قوله وفيه اشارة الخ) وكذا فى التقييد بقول المسلم هو عبدى اشارة الى انه لو قال هو ابنى يكون ابنه ترجيحا للاسلام وزعفر بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة وأقام كل واحد من الطرفين بينة وقد تساوت الدعوتان فى البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساويا فى اثبات النسب لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان منفعتها ... للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد ... حقا لنفسه اولى ... نظر لانه أى مايدعيه لنفسه من الحق أضعف من الاسلام ... الترجيح ... والجواب ان ينوى بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى لكونه يدعى حقا لنفسه عناية (قوله فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لاحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما هذا اذا كان لا يعبر عن نفسه والا فهو لمن صدقه ... (قوله وان لم تشهد قابلة) واصل عبارته وهذا اى ثبوت نسبه منهما اذا ادعته معها ... فقط هل يثبت نسبه بمجرد قولها اولابد من شئ آخر كشهادة قابلة او تصديق زوج فيه تفصيل ... فى العناية اذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها اما أن تكون ذات زوج او معتدة اولا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه ... وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعى تحميل النسب على الغير لا تصدق الا بحجة ... كافية لان المعين يحصل بها وهو ... ثبت بالفراش ... صح انه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبى حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج ... فى ... امرأة واحدة وقد مر فى الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولامعتدة قالوا يثبت نسبه منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفى هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ... والاصل ان كل من ادعى أمرا لايمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة ... يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة ... بشهادة القابلة فلابد لها من بينة والرجل لايمكنه اقامة البينة على الاعلاق ... فلا يحتاج الى التحميل انتهى (قوله ومن اشترى جارية فولدت ثم استحقت الخ) ... يقتضى ان يكون فاعل ولدت ضميرا مستترا يرجع لقوله جارية مع ان الفاعل فى كلام المصنف اسم ظاهر حموى (قوله ثم ولدت الجارية المشتراة الخ) ليس ثبوت الملك له فيها بالشراء ... هو وجوب الضمان عليه للمستحق يشمل ثبوت الملك له فيها بسبب آخر كان جعلت اجرة ... عليه او اوصى له بها وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت فلو بدل المصنف قوله ولدت المشتراة بقوله ولدت المملوكة بملك اليمين أو بملك النكاح لكان أولى ... رجوع المغرور بما ضمن لا يعم هذه الصور بل يقتصر على المشتراة والمجعولة اجرة والمنكوحة بشرط الحرية لا الموهوبة والمتصدق بها والموصى بها (قوله أى ضمن المشترى قيمة الولد) ...

وفيه اشارة الى انه لو سبق دعوة المسلم ... (وان كان صبيا) ... (زوج) ... (زعم) اى قال الزوج (انه ابنه) ... (من غيرها وزعمت) المرأة (انه ابنها) ... (من غيره وابنهما) جميعا ان لم يشهد ... (من اشترى جارية فولدت) المشتراة ... (الولد ومن اشترى جارية ...) ... (ولدا) ... (اخذها المستحق ...) ... (قيمة الولد) ... (الاب) اى ضمن المشترى (قيمة الولد)

خلاف ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية الضمان فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمته واليه ذهب أصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يضمن بالمثل وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما عناية (قوله يوم التخاصم) لانه يوم منع الولد من المستحق (قوله لا يوم القضاء) في حاشية الشيخ حسن ما يخالفه حيث فسر يوم التخاصم بيوم القضاء واستدل عليه بعبارة الزيلعي وشرح الطحاوي ولا شك ان المغايرة بينهما اظهر لاحتمال تأخر القضاء عن التخاصم بان لم يقم المستحق البينة في يوم دعوى الاستحقاق بل في يوم آخر وكان بين اليومين تفاوت في القيمة (قوله وقال الطحاوي الخ) صريح في المغايرة بين يومي التخاصم والقضاء ويشكل بما نقله الشيخ حسن عن شرح الطحاوي بما يفيد خلاف ذلك والجمع بينهما ممكن (قوله وهو حر) لانه ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت فاستحقت لا يقال ينبغي أن يكون الولد مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له واعتبار الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها عناية (قوله وان مات الولد ثم استحقت لم يضمن الاب قيمته) لعدم المنع در على ان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة زيلعي (قوله وان ترك مالا) واصل بما قبله لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم تجعل سلامة الارث كسلامة نفسه زيلعي (قوله فيكون المال ميراثا للاب) لانه حر الاصل في حقه فيرثه در (قوله وان قتل الاب الولد الخ) لان المنع تحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب زيلعي (قوله فأخذ ديته) انما قيد بذلك لانه ان لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد منه لا حكما ولا حقيقة عزمي عن غاية البيان ولا بد وان يكون المأخوذ من الدية قدر القيمة كما في الزيلعي حيث قال وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل (قوله ويرجع بالثمن الخ) وكذا لو استولدها المشتري الثاني لكن انما رجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن فقط در عن الواهب (قوله على بائعه) أي فيما اذا ملكها بالشراء وعلى المستأجر فيما اذا ملكها بالاجارة بأن جعلت أجرة كما سبق بخلاف الهبة والصدقة والوصية حيث لا رجوع له فيها كما سبق خلافا للامام الشافعي فانه عنده يرجع لان الغرور قد تحقق من الواهب أو الموصي أو المتصدق بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكته قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع لان من أخبر انسانا ان هذا الطريق أمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء زيلعي وكذا يرجع على المزوج بشرط الحرية قال الزيلعي وكذا لو زوجه على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحرية فكان المشارط صاحب علة فنزل كالقائل ما يلحقه بسبب هذا العقد فعلي بخلاف مجرد الاخبار بالحرية من المزوج أو منها حيث يكون رقيقا ولا يرجع على المخبر بشيء لعدم الغرور لانه يكون باحد أمرين بالشرط أو المعاوضة انتهى (قوله لا بالعقر) أي لا يرجع بالعقر الذي أخذه منه المستحق لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته صدر الشريعة ودرر وقوله باستيفاء منافعها على حذف مضاف اي منافع بعضها دل على ذلك قول الزيلعي العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا (قوله وقال الشافعي يرجع بالعقر) لانه ضمن لزمه بفوات السلامة وجوابه مامر (قوله وفيه اشارة الخ) أي في قول المصنف لا بالعقر حموي

*(كتاب

يوم التخاصم لا يوم القضاء ولا يوم الولادة وقال الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء (وهو) أي الولد (حر وان مات الولد) ثم استحقت (لم يضمن الاب قيمته وان ترك) الولد (مالا) فيكون المال ميراثا للاب (وان قتل) الاب (الولد غرم) الاب (قيمته) وكذا ان قتله غيره فأخذ ديته يغرم (ويرجع) المشتري (بالثمن) أي ثمن الامة (وقيمته) أي قيمة الولد (على بائعه لا بالعقر) وقال الشافعي يرجع بالعقر أيضا على البائع وفيه اشارة الى انه لو استحقت أخذ العقر من المشتري

(كتاب الاقرار)

(كتاب الاقرار) والاقرار الاثبات قر الشئ اذا ثبت لما كان مترزلا وفى الشرع

اعلم ان السكوت نزل منزلة الاقرار فى مسائل منها ما أجاب به شيخنا حين سئل عن شخص أعتق أمته بحضرة أخيه وهو ساكت ثم بعد موته ادعى أخوه ان له حصة فى الامة المعتقة فهل تسمع دعواه فأجاب بان حضوره وقت العتق وسكوته مانع له من الدعوى قال ويشهد لهذا ما قاله فى الكبرى باع عقارا وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع ومعلوم ان البيع ليس بقيد ولهذا نقل شيخنا عن الشلبى شارح الكنز انه قال فالعتق والوقف كذلك انتهى فعلى هذا متى ثبت ان الخصم عاين ذا اليد يتصرف فى المتنازع فيه تصرف الملاك وهو ساكت عن المعارضة من غير مانع كان ذلك مانعا له من الدعوى فلا تقبل بينته ولا يتقيد حينئذ تركه المعارضة بما اذا مضى عليها خمسة عشر سنة ويحمل قولهم ان الدعوى بعد خمسة عشر سنة لا تسمع الا فى الارث ونحوه على عدم معاينة التصرف فتدبروا علم ان المنع من سماعها بعد خمسة عشر سنة معلول بنهى السلطان قضاته عن سماعها بعد هذه المدة وأما بعد عدم النهى فتسمع الا اذا بلغت المدة ثلاثين سنة أو ثلاثا وثلاثين ففى الخلاصة المدعى والمدعى عليه اذا كانا فى موضع واحد ولا مانع وادعى بعد ثلاثين سنة أو بعد ثلاث وثلاثين سنة على ما فى المبسوط والفواكه البدرية لا تسمع دعواه وفى فتاوى العتابى لا تسمع الدعوى بعد ستة وثلاثين سنة الا ان يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه قال شيخنا وهذا ليس على اطلاقه لانه فى صرة الفتاوى نقلا عن فتاوى العتابى استثنى الارث والوقف واعلم انه اذا ثبت المانع من سماع الدعوى فى حق شخص يثبت فى حق وارثه أيضا حتى لو مات شخص بعد ان ترك الدعوى خمسة عشر سنة فادعى وارثه لا تسمع أخذا مما ذكره الشيخ حسن فى رسالة الابراء عن فتاوى ابن الشلبى ونصه أقرت امرأة انها لا تستحق قبل جماعة عينتهم ثم ماتت لا تسمع دعوى ورثتها بحق لمورثهم لقيامهم مقام المورث وهو لو كان حيا لا تسمع دعواه الخ ماذكره بالعزو الى اهل المذاهب الاربعة ثم رأيت بخط شيخنا انه اذا رأى رجلا يتصرف فى أرض زمانا ثم مات ولم يدع ان اثنى حال حياة المتصرف لا تسمع دعواه بعد وفاته وذكر فى الفتاوى من له دعوى فى دار فلم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه وفى منية الفقهاء رأى غيره يبيع أرضا فقبضها المشترى وهو ساكت كان ذلك اقرارا بالملك للبائع الخ (تتمة) الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار يمنع دعوى الملك لان كلا منها اقرار بان ذلك الشئ ملك لذى اليد والاستنكاح فى الامة يمنع دعوى الملك وفى الحرة يمنع دعوى النكاح وأفاد فى الشرنبلالية ان الاستشراء ونحوه مانع من دعوى الملك لنفسه اتفاقا وهل يكون مانعا من دعوى الملك لغيره فيه خلاف واختلف التصحيح واعلم ان ما سبق من كون الاستئجار مانعا من دعوى الملك لنفسه مقيد بما اذا لم يدع الملكية بشراء وليه فى صغره كما فى الدرر (قوله قر الشئ اذا ثبت) واقره غيره اذا اثبته فالاقرار فى اللغة الاثبات كما فى الزيلعى وهذا أى قولهم أقره اذا كان حسيا فان كان قوليا يقال أقر به حموى (قوله لما كان مترددا) أى بين الجحود والثبوت حموى (قوله وفى الشرع الخ) أفاد ان أقر فى استعمال الفقهاء لازم يتعدى بالحرف لتضمنه معنى أخبر وعند اللغويين متعد بالهمزة شيخنا وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وما فيه تهمة لا يؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ فى الحال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار فى ملك الغير صحيح فينفذ فى حق نفسه بخلاف الانشاء ولذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح زيلعى وانما لا يصح بالطلاق مكرها لان الاكراه امارة كذبه

فى اخباره واستفيد من قول الزيلعى أقر الحر لانسان بعبد مملوكة لغيره الخ انه اذا ادّعى شخص عينا فى يد غيره فشهد له بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها الى المدعى ومن هذا القبيل ما فى الدرعن الاشباه أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه بخلاف ما اذا غصب ضيعة من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه كما فى الخصاف والفرق ان فعل الغاصب انشاء لا فى غير ملكه فلا يصح لان شرط صحته ملكه له بخلاف الاقرار لكونه اخبارا لا انشاء (قوله هو اخبار) أى فى الاصح وليس بانشاء لصحته فى ملك غيره ولو أقر مريض بماله لاجنبى صح من غير توقف على اجازة وارث وللقول بأنه انشاء فروع تشهد له منها لو رد اقراره ثم قبل لا يصح وكذا الملك الثابت بالاقرار لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له حموى بقى ان يقال فى قول السيد الحموى هو اخبار فى الاصح وليس بانشاء مخالفة لما صرح به فى البحر وجرى عليه فى التنوير من انه اخبار من وجه انشاء من وجه فللاول يصح اقراره بمملوك الغير ويلزمه تسليمه اذا ملكه ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح وللثانى لو رد اقراره ثم قبل لا يصح وكذا الملك الثابت بالاقرار لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له انتهى من غير ذكر خلاف ومنه تعلم ان ما ذكره السيد الحموى مما يدل على ثبوت الخلاف فيه حيث صحح كونه اخبارا لا انشاء لا يصح عزوه لصاحب البحر كما وقع فى كلام بعضهم وتنبه (قوله على نفسه) قيده بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى زيلعى وأطلق الحق فى قوله هو اخبار عن ثبوت حق للغير ليشمل ما لو كان الحق المقر به من قبيل الاسقاطات كالطلاق والعتاق اذ الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح فاذا أقر بالطلاق يثبت للمرأة من الحق ما لم يكن لها من قبل وكذا العبد يثبت له على سيده حق الحرية اذا أقر سيده بعتقه فاندفع ما قيل من انه يرد على التعريف الاقرار بالاسقاطات كالطلاق والعتاق لعدم الاخبار فيهما عن ثبوت حق للغير على غير سيد وركنه لفظ أو ما فى حكمه دال عليه وشرطه العقل والطوع لا الحرية والبلوغ لصحة اقرار المأذون فى التجارة وتوابعها بخلاف ما ليس من باب التجارة حيث لا يصح اقرار الصبى به وان كان مأذونا وهذا هو محمل ما قدمناه عن الزيلعى من ان البلوغ شرط صحة الاقرار وسيزداد وضوحا وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء فصح الاقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح كما فى الدرر وقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم يعنى الخمر القائمة لا المستهلكة اذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط واليه الاشارة بقول صاحب الدرر حتى يؤمر بالتسليم اليه كما فى الشرنبلالية ودليله الكتاب وهو قوله تعالى فليملل الذى عليه الحق أمره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد به الاقرار كما فى الزيلعى والسنة رجم ماعز والغامدية باقرارهما والاجماع لان الامة أجمعت على ان الاقرار حجة فى حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة فى حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى والمعقول لان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره فى حق غيره حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وللقضاء ولاية عامة فينفذ فى حق الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده الخ وقوله ولا يصدق على أولاده الخ لانه ثبت لهم حق الحرية أو استحقاقها فلا يصدق عليهم كما فى الدرر (قوله أقر حر) قيد به ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال لا تلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة بخلاف ما اذا أقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على اصل الحرية فى حقهما زيلعى (قوله

(هو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه اذا أقر حر

مكلف) شرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله أحد فدخل في الاذن كل ما كان من توابع التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره بها لا لتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز اذا سكر بمحظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة وان سكر بمباح كالشرب مكرها فلا يلزمه شيء زيلعي واقره كالحدود الخالصة حموي (قوله ولو مجهولا) لان جهالة المقر به لا تضر اذا بين بما تصح به كبيع واجارة واما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضي عليه الا اذا جمع بين نفسه وعبده فيصح وكذا جهالة المقر له ان تفشت كلواحد من الناس على كذا والا كلرجل على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعي در قال في البحر والكل منهم أن يحلفه في ان عاد من الدر من قوله ولا يجبر على البيان موافق لما في البحر والزيلعي والعيني وشرح السيد الحموي مخالف لما في الدرر عن الكافي حيث قال وان لم يفحش بأن قال لأحد هذين هذا العبد لكذا أو من هذا أو من هذه فانه لا يصح عند شمس الأئمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ وله ان يحلف لكل واحد منهما ... وان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه قاصد لايصال الحق الى المستحق انتهى وكلام الشرنبلالي فيه موافق لما في الدرر من انه يجبر على البيان حيث قال وقوله مجهولا ... يعني من غير تعيين او لو كان احدهما ... ثم ... يجبر على البيان كما في المحيط (قوله على شيء أو حق) فيه عطف الخاص على العام بأو وهو من خصائص الواو وحتى حموي (قوله ويجبر المقر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار لان كثيرا من الاسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب ونحوه لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير ... قدره وجنسه ووصفه ويحمل عليه حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان زيلعي (قوله وبين ماله قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وقلامة ظفر ... ولا يصح ... فلو ... بعد ... وقيل البيان ... الخيار ... و ... له أن يرجع فيه للوارث انتهى وفيه ان الوارث اذا كان لا يعلم كيف يرجع اليه حموي (قوله ... ان ...) ظاهر كلام الزيلعي والعيني ... انه لا يصدق ... لو قال ... الا انه لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا ... والقول ... انه ... في ... حموي من ... (قوله والقول للمقر مع يمينه) لانه المنكر زيلعي (قوله ... في اقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المتعارف (قوله ... نصاب) لانه اقرار بمال موصوف بالعظم ... نصاب ... وكذا ... زيلعي (قوله ...) ... (قوله ... وهو رواية عن أبي حنيفة) قيل وهو الصحيح لانه ... فأوجبنا اعظمها من حيث المعنى وهو المال الذي ... (قوله ... دراهم) لانه نصاب ... حيث قطع به اليد ... (قوله لو كان ... عشرة) لان ... (قوله ومن الذهب لا يصدق في أقل من عشرين مثقالا) ... الحموي ... عشرين ... يصدق ... وله

مكلف بحق صح ولو) كان الحق (مجهولا كشيء وحق) أي بأن قال له علي شيء او حق (ويجبر) المقر (على بيانه) ... (وبين ماله قيمة) ... وقال له علي حق ... (و) القول (للمقر مع يمينه) ... (في ... مال) ... درهم ... نصاب ... عشرة دراهم ...

من الفضة وقوله فى أقل الخ متعلق بمحذوف أى لا يصدق فى أقل من عشرين انتهى (قوله فى أقل من خمس وعشرين) لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه زيلعى (قوله لا يصدق فى اقل من قدر النصاب قيمة) ينظر ما المراد بالنصاب الذى تعتبر قيمته هل هو نصاب الفضة اونصاب الذهب أو نصاب السوائم حموى (قوله ثلاثة نصب) لان اقل الجمع ثلاثة عينى (قوله من جنس ماسماه) وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب و يعتبر الادنى فى ذلك للتيقن به زيلعى ومنه يعلم الجواب عما توقف فيه السيد الحموى بقوله ينظر ما المراد بالنصاب الخ بأن يقال المراد ادنى النصب من حيث القيمة لان الاقل هو المتيقن (قوله لزمه عشرة) لان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (قوله وعندهما يجب مائتان) وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوى مائتى درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة اوغنما كثيرة اوحنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه كخمسة أوسق فى الحنطة عندهما وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم اوخطير اوجليل لا رواية فيه وقال الجرجانى يلزمه مائتان زيلعى (قوله وعلل البعض) المراد به صدر الشريعة حموى (قوله وفيه اشتباه) وجهه ان العشرة غاية ما دل عليه جمع القلة فانه يدل حقيقة على ثلاثة الى عشرة وجمع الكثرة يدل على ما فوق العشرة الى غير نهاية وأقله احد عشر و يستعمل كل منهما موضع الآخر مجازا والذى علل به للامام فى العناية هو قوله وقال أبو حنيفة الدراهم مميز يقع به تمييز العدد واقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة وألف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه الخ (قوله ولو قال له على دراهم لزمه ثلاثة) بالاتفاق لانه أقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ و ينصرف الى الوزن المعتاد فان لم يكن فيه وزن معتاد يحمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع عناية (قوله ولو قال كذا درهما) لزمه درهم ووجهه ان كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير فى الاعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فان قال كذا درهما كان كما اذا قال له على درهم عناية (قوله عليه ديناران) لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر قيل وفيه نظر لان كون الواحد ليس عددا فى اصطلاح الحساب حموى فان قلت ما ذكره فى التتمة وفتاوى قاضيخان من لزوم دينارين مخالف لما سبق من قول المصنف وكذا درهما درهم فما الفرق بينهما قلت لا فرق بينهما وانما المسئلة فيها قولان أحدهما ما ذكره المصنف والآخر ما حكاه الزيلعى عن التتمة والذخيرة وغيرهما من انه يلزمه درهمان معللا بان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان فظهر ان القائل بلزوم الدينارين فى كذا دينارا يقول بلزوم درهمين فى كذا درهما كما ان القائل بلزوم درهم يقول بمثله أى بما فى مسئلة الدينار الا ترى ان لزوم كل من الدينارين والدرهمين معزى للتتمة والظاهر ان صاحب التتمة لم يذكر مسئلة الدرهم والدينار فى موضع واحد بل فى موضعين بدليل اقتصار الشارح فى العزو اليها على مسئلة الدينار كاقتصار الزيلعى على الدرهم فلا اشكال ثم رأيت فى الشرنبلالية ان ما فى الهداية من لزوم درهم فيما لو قال كذا درهما يقدم على ما فى قاضيخان من انه يلزمه ديناران اذا قال كذا دينارا اذ عند معارضة الفتاوى للمتون تقدم المتون اه بالمعنى فهو نص فيما ذكرناه من ان فى كل من مسئلة الدرهم والدينار قولين وانه لا فرق بينهما (قوله وكذا كذا احد عشر وكذا وكذا احد وعشرون) لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد أقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف وأقل عددين كذلك من المفسر احد عشر درر ومع العطف احد وعشرون ووجوب الاقل فى الفصلين لتيقننا به والاصل فى الذمم البراءة وان ثلث بغير واو ولم يزد على ذلك أى احد عشر لعدم النظير سابقه فيحمل على التكرار درر (قوله ولو ربع الخ) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف

فى اقل من خمس وعشرين وفى غير مال الزكاة لا يصدق فى اقل من قدر النصاب قيمة (و) لو قال له على (اموال عظام) لزمه (ثلاثة نصب من جنس ماسماه (و) لو قال له على (دراهم كثيرة) لزمه (عشرة) من الدراهم عند ابى حنيفة وعندهما يجب مائتان وعلل البعض مذهب الامام بأن جمع الكثرة اقله عشرة وفيه اشتباه (و) لو قال له على (دراهم) لزمه (ثلاثة و) لو قال (كذا درهما) لزمه درهم وذكر فى القنية وقاضى خان الدين ولو قال كذا دينارا عليه ديناران (و) لو قال له على (كذا كذا) بغير الواو لزمه (احد عشر و) لو قال (كذا وكذا) بواو واحد لزمه (احد وعشرون ولو ثلث) لفظة كذا (بالواو) فيكون (يزاد مائة) فيجب مائة واحد وعشرون (ولو ربع) لفظة كذا بالواو فيكون ثلاث واوات (زيد الف)

ولو سبع يزاد ألف ألف وهكذا درر (قوله فيجب ألف ومائة واحد وعشرون) لانه أقل ما يعبر عنه بأربعة أعداد مع الواو (قوله فهو اقرار بدين) لان على للايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وان وصل به وديعة صدق لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال مجازا فيصح موصولا لا مفصولا عناية ودرر (قوله انه اقرار بالامانة) لان اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها ونقول ان قبلى بمعنى عندى ولو قال عندى يكون اقرارا بالامانة ودعوى ان قبلى ينبئ عن الضمان ممنوعة كذا فى تكملة قاضيخان قال الزيلعى والاول هو المذكور فى المبسوط وهو الاصح لان استعماله فى الدين اغلب واستفيد من العناية ان عادة صاحب الهداية تقديم ما هو الاصح (قوله أو فى كيسى) كذا جيبى كمى عامتى خزامى صندوقى حانوتى (قوله فهو امانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن به زيلعى ونوقض بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة وأجيب بانه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حملا للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تبعا لما دونه فتعين العكس عناية (قوله فهو اقرار) لان الضمير راجع للالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكانه قال اتزن الالف الواجب لك على وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود بذلك لا يلزمه شئ اما لو ادعى الاستهزاء لا يصدق در (قوله أى لو قال بلا ضمير لا يكون اقرارا) لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فكان كلاما مبتدأ والاصل ان كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك كما فى الاختيار قال أليس لى عليك فقال بلى فهو اقرار وان قال نعم لا تنوير وقيل نعم لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية جوهرة والفرق ان بلى جواب الاستفهام المنفى بالاثبات ونعم جوابه بالنفى درر الايماء باليأس من الناطق ليس باقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح واجارة وهبة بخلاف افتاء ونسب واسلام وكفر وامان كافر واشارة محرم لصيد تنوير وشرحه وقوله ونسب أى الاشارة من سيد الامة تنزل منزلة صريح الدعوة (قوله لزمه حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة فى حق نفسه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السود صفة فى الدراهم فتلزمه على الصفة التى أقر بها عناية (قوله وحلف المقر له على الاجل) لانه منكر واليمين على من انكر عناية (قوله فيلزمه مائة درهم) قلت مراده مع الدرهم المذكور المفسر للمائة المبهمة قال فى الاختيار ولو قال له على مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن واعلم ان صاحب الدرر ذكر مميز المائة بصيغة الجمع ولفظه اذا قال له على مائة ودرهم لزمه مائة دراهم ودرهم وتعقبه عزمى بان الصواب مائة درهم بالافراد واستدل بما فى المقدمة الحاجبية حيث قال ومميز مائة وألف مخفوض مفرد انتهى واجاب شيخنا بان دعوى التصويب ساقطة وما ذكره ابن الحاجب فى المقدمة هو الكثير وما وقع لصاحب الدرر حيث أضاف المائة الى الجمع قليل وليس بخطأ ومنه قراءة حمزة والكسائى ولبثوا فى كهفهم ثلاث مائة سنين باضافة مائة الى سنين والحاصل ان العدد المضاف على قسمين أحدهما ما لا يضاف الا الى جمع وهو ثلاثة الى عشرة والثانى ما لا يضاف كثيرا الا الى مفرد وهو مائة وألف وتثنيتهما نحو مائتا درهم وألفا درهم الخ (قوله وهو قول الشافعى) لانه عطف مفسرا على مبهم والاصل فى العطف المغايرة ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا فى المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا

فيجب ألف ومائة واحد وعشرون
(و) لو قال له (على أو قبلى) ولم يزد على
ذلك فهو (اقرار بدين) وفى نسخ
مختصر الناس ورى فى قوله قبلى انه
اقرار بالامانة (و) لو قال له (عندى)
أو (معى) أو (فى بيتى) أو (فى صندوق)
أو (فى كيسى) فهو (امانة قال) له
رجل (لى عليك ألف فقال) الآخر
(اتزنه أو انتقده أو أجلنى به
أو قد قضيتكه أو احلتك به) على الغير
(فهو اقرار و بلا كناية) أى لو قال
بلا ضمير (لا) يكون اقرارا (وان
اقر) رجل (بدين مؤجل) بان قال
لك على مائة درهم مؤجل الى شهر
(وادعى المقر له انه حال لزمه) حال
كونه (حالا وحلف المقر له على الاجل)
بانه لم يكن ولو قال له (على مائة ودرهم
فهى دراهم) فيلزمه مائة درهم
ولو قال له على (مائة وثوب فسر المائة)
أى لزمه ثوب ويرجع اليه فى تفسير
المائة والقياس فى مائة ودرهم كذلك
وهو قول الشافعى (وكذا) لو قال له
على (مائة وثوبان)

بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فان وجوبهما لا يكثر في الذمة والثياب وان ثبتت في الذمة في السلم والنكاح الا انهما لا يكثران كثرة القرض والثمن قال شيخنا والمتقارب الذي لا تختلف آحاده بالكبر والصغر كالمكيل والموزون ذكره الاسبيجابي (قوله لزمه ثوبان ويرجع اليه في تفسير المائة) لانها مبهمة درر (قوله حيث يلزمه الكل ثيابا) لانه ذكر عددين مبهمين اعني مائة وثلاثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا تصلح تفسيرا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا وفي على نصف درهم ودينار وثوب يلزمه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه أو بعينه بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار والدرهم كله درر وزيلعي وأصله ان الكلام اذا كان كله على شئ بعينه اوكان كله على شئ بغير عينه فهو كله على الانصاف وان كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الاول منهما شرنبلالية لكن قال العلامة المقدسي بعد ان عزا وجوب كل الدرهم للتبيين فيه ان هذا على تقدير جر درهم مشكل أما في الرفع أو السكون فسلم انتهى (قوله اقر بتمر في قوصرة) وكذا لو اقر بثوب في منديل او طعام في سفينة أو حنطة في جوالق ووجهه ان غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع عناية ودرر وفي الشرنبلالية عن الجوهرة ان أضاف ما اقر به الى فعل بان قال غصبت منه تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وان لم يضفه الى فعل بل ذكره ابتداء فقال له على تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة كما لو قال بعت له زعفرانا في سلة اه (قوله لزماه) لان الظرف امكن ان يجعل ظرفا حقيقة وامكن نقله ولو ادعى انه لم ينقله لم يصدق لانه أقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال وفي درهم في درهم لزمه الاول لان الثاني لا يصلح ظرفا درر (قوله وهي بالتخفيف والتشديد) ظاهره انهما على حد سواء وليس كذلك قال في مختار الصحاح القوصرة بالتشديد وقد تخفف انتهى (قوله بالزنبيل) الزنبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زبيل لانه ليس في كلام العرب فعليل بالفتح كذا في الصحاح بقي ان يقال مقتضى قوله فاذا كسرته الخ يفيد جواز الفتح وقوله لانه ليس في كلام العرب الخ يقتضي عدم جوازه وعبارة القاموس تفيد جوازه مع القلة (قوله كذا في المغرب) الذي في المغرب وقولهم انما سمي بذلك مادام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم حموي (قوله لزمته الدابة) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب والاصل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة وامكن نقله لزماه والا لزمه المظروف فقط درر وقوله والا شامل لما اذا لم يمكن نقله وشامل لما اذا لم يمكن جعله ظرفا حقيقة وان امكن نقله وبهذا تعلم ما وقع لبعضهم حيث تصرف في عبارة الدرر على وجه قاصر بقي ان يقال ماسبق من التعليل بان غير المنقول لا يضمن بالغصب تبع فيه صاحب الدرر والزيلعي وفيه مالا يخفى والاولى ان يعلل بعدم تحقق الغصب في غير المنقول كالعيني حيث قال لان غصب العقار لا يتحقق عندهما واعلم ان ماسبق من ان الظرف ان امكن جعله ظرفا حقيقة وامكن نقله لزماه والا لزمه المظروف فقط يفيد انه لو قال دابة في خيمة لزماه ولو قال ثوب في درهم لزمه الثوب قاله في الدرر ولم اره فليحرر (قوله وعلى قياس قول محمد لزماه) لانه يرى تحقق الغصب في العقار (قوله له الحلقة والفص) لان الاسم يشملهما زيلعي والفص بفتح الفاء وأما كسرها فردئ مصباح وفي القاموس الفص للخاتم مثلث الفاء والكسر غير لحن ووهم الجوهري انتهى يعني في دعوى اللحن حموي (قوله والجفن) بفتح الجيم وهو غمده اي غلافه عيني (قوله وهي غلافة السيف) وقال الاصمعي حمائل السيف لا واحد لها من لفظها وانما واحدها محمل وذلك لان اسم السيف ينطلق على الكل عيني (قوله وبحجلة) بتقديم الحاء على الجيم وهو بيت يزين بالثياب والاسرة والستور ويجمع على حجال عيني (قوله أي في الاولى ثوب ومنديل الخ) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بيناه زيلعي والمنديل بكسر الميم قال في المغرب تمندل

لزمه ثوبان ويرجع اليه في تفسير
المائة) بخلاف له على (مائة وثلاثة
اثواب) حيث يلزمه الكل ثيابا (اقر
بتمر) بان قال غصبت تمرا (في قوصرة
لزماه) وهي بالتخفيف والتشديد
وعاء التمر يتخذ من القصب ويسمى
بها مادام التمر فيها والا فهي تسمى
بالزنبيل كذا في المغرب (وبدابة في
اصطبل لزمته الدابة فقط) عندهما
وعلى قياس قول محمد لزماه (وبخاتم)
أي لو اقر بخاتم بان قال له على خاتم
لزمه (له) أي للمقر له (الحلقة والفص
وبسيف) لزمه (له النصل) أي
الحديدة (والجفن) أي غمده
(والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء
وهي علاقة السيف (وبحجلة) لزمه
(له العيدان والكسوة) والحجلة
بالتحريك بيت يزين بالثياب والسرر
وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب
اسمه بشخانه وقيل خركاه والعيدان
جمع عود وهو الخشب كالديدان
جمع دود (وبثوب في منديل أو)
ثوب (في ثوب لزماه) أي في الاولى
ثوب ومنديل وفي الثانية ثوبان
(وبثوب في عشرة) أثواب

بمنديل

بمنديل خيش أى شده برأسه ويقال تمندلت بالمنديل وتمدلت أى تمسحت به انتهى حموى (قوله له ثوب) لان العشرة لاتكون ظرفا للواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة عينى (قوله عندهما) لوقال عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة اولا كما فى العينى والزيلعى لكان اولى (قوله وعند محمد احد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى العشرة فامكن جعله ظرفا عينى ودرر قال الزيلعى وهو منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا فى عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (قوله له خمسة) لان اثر الضرب فى تكثير الاجزاء لافى تكثير المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلت ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط عناية (قوله وقال الحسن بن زياد الخ) لعرف الحساب عينى (قوله وهو قول زفر) يخالفه قول الزيلعى وقال زفر عليه عشرة ثم ظهران النقل عن زفر قد اختلف ففى التقريب ذكر ان مذهب زفر مثل قول الحسن كما ذكره العينى (قوله وعشرة ان عنى مع) لان اللفظ يحتمل المعية فقد نوى محتمل كلامه فيصدق عينى (قوله وقال زفر يلزمه ثمانية) وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لايدخل فى المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لايجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان وله ان الغاية لاتدخل فى المغيا لان الحد يغاير المحدود ولكن لابد من ادخال الاولى لان الدرهم الثانى والثالث لايتحقق بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولاضرورة فى الثانية درر ووجه عدم تحقق الثانى والثالث بدون الاول انه لا يعقل ثان بدون اول ويتفرع على دخول الغاية الاولى دون الثانية عند الامام مانقله الشلبى عن قاضيخان لوقال له على مابين مائة الى مائتين فى قول أبى حنيفة يلزمه مائة وتسعة وتسعون فتدخل فيه الغاية الاولى دون الثانية انتهى ولوقال له كر برالى كر شعير فعليه عنده كر بر وكر شعير الاقفيزا لان القفيز الاخير من الشعير هو الغاية الثانية ولوقال من عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعنده تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما الكل ذكره الزيلعى عن النهاية وذكر الاتقانى عن الحسن ولوقال له من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار قال الحموى وهذا يوجب ان تكون الغاية اكثر الشئ انتهى وانظر ماوجه لزوم الكر من الشعير الاقفيزا مع انه جعل الغاية نفس الكر (قوله له مابينهما فقط) أى دون الحائطين لقيامهما بانفسهما شرنبلالية عن البرهان وعلل المسئلة فى الدرر تبعا للزيلعى بقوله لما ذكرنا ان الغاية لاتدخل فى المغيا اه ولايخفى مافيه بالنسبة للمبدأ لدخوله فيما سبق بخلاف ماهنا ولهذا زاد العينى على ما اقتصر عليه الزيلعى حيث قال لان الغاية لاتدخل فى المخصوص ولا المبدأ بخلاف ماتقدم انتهى (قوله وصح الاقرار بالحمل) وان لم يبين السبب بالاجماع لان لتصحيحه جهة واحدة وهى الوصية من جهة غيره عينى وزيلعى أى يحمل هذا الاقرار على ان رجلا أوصى بالحمل لرجل ومات الوصى فالآن يقر وارثه بانه للموصى له صدر الشريعة (قوله أى لوقال حمل امتى الخ) يعنى وقد تيقن بوجوده وقت الاقرار أو احتمل ولهذا قال الزيلعى ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذى بينا يعنى بان تجئ به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ان كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين اذا كانت معتدة (قوله او حمل شاتى لفلان) بشرط ان يتيقن بوجوده وقت الاقرار فيقدر بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ماجرت به عادتهم كما فى الزيلعى وفى الدر عن الجوهرة اقل مدة حمل الشاة اربعة اشهر واقلها لبقية الدواب ستة اشهر اه (قوله وللحمل ان بين الخ) والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض كما فى التنوير لانه وان لم يتصور منه ذلك حقيقة فقد يتصور حكما بنائبه وهو القاضى او من يأذن له القاضى واذا تصور بالنائب جاز اضافة الاقرار اليه عناية بخلاف الجنين لعدم تصور ذلك منه لا حقيقة ولا حكما لانه لا يولى عليه درر أى لايكون لاحد عليه ولاية شيخنا (قوله ان بين سببا صالحا) متعلق بالاقرار للحمل (قوله بان وضعته لاقل من ستة اشهر الخ) وكما يشترط لصحة الاقرار للحمل تيقن وجوده وقت الاقرار له او احتماله فكذا يشترط هذا فى الاقرار به كما قدمناه

عنده ما وعند محمد احد
لزمه (ثوب) عنده ما وعند محمد احد
عشر ثوبا (و) خمسة فى خمسة وعنى
الضرب لزمه (له (خمسة) وقال
الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون
وهو قول زفر (و) لزمه له (عشرة)
ان عنى مع) بقوله فى خمسة مع
خمسة (و) لوقال (له على من درهم
الى عشرة او) قال له على (مابين
درهم الى عشرة) لزمه (له) فى
السدرة (تسعة) عند أبى حنيفة
وعندهما يلزمه العشرة وقال زفر
يلزمه ثمانية (و) لوقال (له من دارى
مابين هذا الحائط الى هذا الحائط)
لزمه (له مابينهما فقط) فلا تدخل
الغايتان (وصح الاقرار بالحمل) أى
لوقال حمل امتى او حمل شاتى لفلان
صح اقراره ولزمه (وللحمل) أى
صح لوقال لحمل فلانة على ألف درهم
(ان بين سببا صالحا) بان قال أوصى
له فلان أو مات أبوه فورثه فاستهلكته
فهذا الاقرار صحيح ولزمه المال ثم ان
جاءت به حيا فى مدة يعلم انه كان قائما
وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقل
من ستة اشهر منذ مات المورث
والموصى فان وضعته لاكثر من ستة
اشهر لم يستحق شيئا

عن الزيلعي فكان على الشارح ان ينبه على ذلك (قوله الا ان تكون المرأة معتدة الخ) لانه لما حكم بثبوت النسب لاقل من حولين كان حكما بوجوده في البطن حين مات الوصي والمورث حموي (قوله وان لم يبين سببا صالحا لا يصح الى قوله او ابهم في الاقرار) وهذا عند أبي يوسف لان مطلقه ينصرف الى القرض والمبايعة ولا يتصور ان فيلغو وعند محمد يحمل على سبب صالح كالوصية أو الارث والفرق لابي يوسف بين هذا وما تقدم تعين طريق للتصحيح هناك وعدمه هنا فان الطريق هنا الوصية أو الميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بالاعتبار اولى من الآخر فحكم بالفساد نظيره لو شرى عبدا بالف ثم قبل النقد باعه وعبدا آخر من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فانه يبطل وان أمكن جوازه بان يجعل الالف او اكثر حصة المشتري والباقي حصة الآخر زيلعي وفيه نظر اذ لا نسلم ان تعدد جهة الجواز توجب الفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية فرد من الوجهين وان لم تتعين خصوصيته الا ترى ان جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار اتفاقا فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به حموي عن قاضي زاده وهذا منه ترجيح لقول محمد ويقوى بحث قاضي زاده ماذكره في الشرنبلالية حيث قال ولقائل ان يقول قد تقدم من الزيلعي في الاقرار بالمجهول انه اذا لم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة فما الفرق بينه وبين ماذكره هنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة على قول القائل به وفي كل احتمال الفساد والصحة انتهى (قوله وعند محمد ان ابهم الاقرار يصح) لان الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة تجب العمل بها ولا نزاع في صدوره من أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى محله بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل عناية (قوله وان كان السبب مستحيلا لا) فتحصل ان للمسئلة ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع فان قيل ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة زيلعي مع عناية (قوله وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار لانه ان كان صدقا فهو واجب العمل به وان لم يختر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه درر وعناية فان قيل الاقرار يرتد بالرد وهو فسخ قلنا ليس بفسخ للاقرار لانه رفع للشئ بعد ثبوته ورد الاقرار ليس رفعا له بعد ثبوته في حقه بل بيان انه غير ثابت أصلا وأما اذا قال على ألف ثمن مبيع بخيار فيصح ان صدقه المقر له او برهن لان المقر به عقد يقبل الخيار وهو من العوارض فلابد من التصديق أو البيان كما لو أقر بدين بسبب كفالة على انه بالخيار مدة معلومة ولو طويلة لان الكفالة عقد أيضا درر * (تنبيه) * لو قال المدعى عليه عند القاضي كل ما يوجد في تذكرة المدعي بخطه فقد التزمته ليس باقرار وكذا قوله كل ما أقر به فلان علي فانا مقر به لا يكون اقرارا لانه يشبه الوعد شرنبلالية عن المحيط (تتمة) اشهد على ألف في مجلس واشهد رجلين آخرين في مجلس آخر بلا بيان السبب لزمه ألفان كما لو اختلف السبب بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو اشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضي أو بعكسه الامر بكتابة الاقرار اقرار حكما أحد الورثة أقر بالدين يلزمه كله وقيل حصته واختاره أبو الليث أقر ثم ادعى انه كاذب في الاقرار يحلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا في اقراره عند الثاني وبه يفتى وكذا الحكم لو ادعى وارث المقر كذب مورثه فانه يحلف المقر له وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم ان لا نعلم انه كان كاذبا تنوير وشرحه عن الدرر وصدر الشريعة وقوله وان كانت الدعوى على ورثة المقر له بأن كان للمقر دين أقر بقبضه ثم بعد موت المقر له

الا ان تكون المرأة معتدة فيثبت اذا ولدت لاقل من سنتين لزمه أيضا فان ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة الموصي والمورث ولو ولدت ولدين حيين فالمال بينهما وان كان احدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين (والا) أي وان لم يبين سببا صالحا (لا) يصح مطلقا سواء كان سببا مستحيلا او ابهم في الاقرار وعند محمد ان ابهم الاقرار صح وان كان السبب مستحيلا لا بان قال اقرضني أو باعه مني شيئا بالف درهم فهذا الاقرار باطل (وان أقر) رجل بدين على انه (بشرط الخيار) ثلاثة أيام (لزمه المال) وبطل الشرط

طالب الورثة بالدين الذى أقر بقبضه وادعى أنه أقر بقبضه كاذبا فاليمين عليهم على نفي العلم على قول أبي يوسف كذا أشار اليه شيخنا بقي ان يقال ظاهر ماذكره في التنوير وشرحه هنا ان المقر اذا ادعى الاقرار كاذبا يحلف المقر له أو وارثه على المفتى به من قول أبي يوسف مطلقا سواء كان مضطرا الى الكذب في الاقرار أولا قال شيخنا وليس كذلك لما سيأتى في الدرمن مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال في صك واشهد عليه به ثم ادعى ان بعض هذا المال المقر به قرض و بعضه ربا الخ حيث نقل عن شرح الوهبانية للشرنبلالى مايدل على انه انما يفتى بقول أبي يوسف من انه يحلف المقر له ان المقر ما أقر كاذبا في كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر الى الكذب في الاقرار كالصورة التى تقدمت ونحوها قال شيخنا فمن أفتى بقول أبي يوسف في مسئلة لا يوجد فيها الاضطرار هى ان له دينا على وقف أخرج عنه ركيل الثانى وكيلا بتسليم الوقف من الناظر الاول ودفع ماله من الدين فأقر الاول للوكيل بقبض دينه منه وكتب الوكيل عليه حجة باقراره فمات الوكيل وادعى المقر على ورثته انه أقر على نفسه بالقبض من مورثهم كاذبا فقد أخطأ أما أولا فلفقد اضطراره ولانه يدعى على ورثة الوكيل تبرعه له بالقضاء لدينه أو من الناظر الثانى بالدفع له من مال او كيل وهو لو امتنع من الدفع له حال حياته لا تسوغ له الدعوى عليه فكيف تسوغ على ورثته ولا يكون له رجوع على الوقف مؤاخذة له باقراره بوصول الدين الذى له على الوقف ولان تحليف المقر له على قول أبي يوسف في صورة دعوى المقر له على المقر تسليم ما أقر به كما في الدرر عن الكافي ومثله صريح كلام الزيلعي فلله الحمد على ظهور الحق فلا دعوى على المقر في هذه الصورة

(باب الاستثناء في الاقرار)

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء ومافي معناه في كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف لغة واصطلاحا ماذكره الشارح كذا يستفاد من العينى وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو مالا يصح اخراجه كما في العناية وقوله من الثنى وهو الصرف تقول ثنيته أى صرفته عن حاجته صحاح (قوله وهو التكلم بالباقى) عندنا أى تكلم بالباقى معنى لا صورة درر وعند الشافعى اخراج بطريق المعارضة قال في شرح المنار لابن مالك فصار تقدير قول الرجل لفلان على ألف الامائة عندنا فلان على تسعمائة وانه لم يتكلم بالالف في حق لزوم المائة وعند الشافعى الامائة فانها ليست على فان صدر الكلام يوجبه والاستثناء ينفيه فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى انتهى واستشكل الزيلعى مذهب الشافعى بجوازه في الطلاق والعتاق فلو كان اخراجا بطريق المعارضة لما صح لان الطلاق والعتاق لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع قال وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على ألف درهم الامائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقى فكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل براءة الذمة فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير مالو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقى على حاله انتهى لكن قول الزيلعى فعندنا تلزمه تسعمائة خلاف الاصح قال في البحر واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحوله على الالف درهم الامائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الاصح (قوله بعد الثنيا) أى بعد المستثنى فيكون الاستثناء عندنا لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى والثنيا بضم الثاء مع الياء اسم من الاستثناء وكذلك الثنوى بالفتح مع الواو شيخنا عن ابن مالك والصحاح وفى الحديث من استثنى فله ثنياه أى ما استثناه (قوله ومافى معناه) أى في كونه مغيرا وهو الشرط كما سبق عن العناية لكن اعترض عليه قاضى زاده بانه تقتضى

حصر ما في معناه في الشرط فلا يدخل أكثر ما في هذا الباب فالاولى ما في شرح تاج الشريعة والكفاية من قوله كالشرط وغيره كقوله ولو قال له على ألف من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه الخ (قوله متصلا) الا لنفس أو سعال أو أخذ فم والنداء بينهما لا يضر كقوله لك على الالف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك ألف فاشهدوا الا كذا أو نحوه بحر (قوله سواء كان الاستثناء أقل مما بقي أو أكثر) قال الزيلعي وهو المذهب وفي العناية انه قول الاكثر والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه (قوله وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء الخ) لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال تعالى لاغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فايهما كان أكثر لزمه وقال الشاعر

أدوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكام

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ما يقسم وما لا يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه أو ثلثيه صح زيلعي (قوله لا استثناء الكل) لو بعين لفظه نحو عبيدي الا عبيدي كذا الا غلماني وكذا اذا كان بمرادفه لعدم ما يتكلم به بعده فيكان رجوعا كقوله له على مائة الا خمسين وخمسين حموي بخلاف الا فلانا وفلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم كذا اذا قال غلماني كذا الا هؤلاء فانه يصح أيضا لوجود التغاير اللفظي درر وكذا لو قال ثلث مالي لبكر الا ألفا والثلث ألف صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيئا لان توهم بقاء شيء يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء زيلعي وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه اقتصار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح لجانب اللفظ على المعنى واهمال للمعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي ألا ترى انه اذا قال أنت طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الستة لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى عناية وقوله لانه اقتصار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه أي لان المخرج بغير لفظ المستثنى منه اقتصار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سوى المستثنى شيخنا (قوله أي لا يصح استثناء الكل) لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا كما في العناية وغيرها كالعيني حيث علل عدم صحة استثناء الكل نحو له على عشرة الا عشرة بانه رجوع فلا يصح وتعقبه الشيخ شاهين بأن ما ذكره من التعليل بانه رجوع وهم لانه منتقض بما اذا قال أوصيت له بثلث مالي الا ثلثه مع ان الرجوع في الوصية جائز فلو كان استثناء الكل رجوعا لما صح هذا فالاولى في التعليل ان يقال كانه لم يتكلم به انتهى قال شيخنا وقوله وهم هو الوهم لانه انما صح ذلك في الوصية لان له الرجوع فيها انتهى (قوله وكذا ان كان مفصولا بطل الاستثناء) خلافا لابن عباس استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبي عليه السلام كان لامتثال أمره تعالى بقدر الامكان ولا يمنع الانعقاد زيلعي وقوله لامتثال أمره تعالى يعني قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله (قوله وهو ان لا يسكت الخ) أي الا لعذر كالتنفس ونحوه مما سبق (قوله وصح استثناء الكيلي الخ) وكذا العددي المتقارب لانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت عناية وتنوير

(متصلا) بالاقرار (ولزمه الباقي) أي بعد الثنيا مطلقا سواء كان الاستثناء أقل مما بقي أو أكثر وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء لا يصح الاستثناء الا اذا كان الباقي أكثر (لا استثناء الكل) أي لا يصح استثناء الكل بان قال له على ألف درهم الا ألف درهم فان الالف درهم لازم عليه وكذا اذا كان مفصولا بطل الاستثناء والمراد من قوله متصلا اتصال بحسب التلفظ وهو ان لا يسكت بين المستثنى والمستثنى منه لا الاستثناء المتصل (وصح استثناء الكيلي والوزني من الدراهم) بان قال له على ألف درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة

(قوله

(قوله وهولا يساوى الفا) مقتضى التقييد به انه ان كان يساوى الفا بطل الاستثناء وبه صرح في البزازيه ويخالفه مافي الشرنبلالية عن المقدسى وقاضى زاده معزيا للينابيع والذخيرة ويوافق مافي الينابيع والذخيرة ماذكره في التنوير تبعا للبحر حيث قال ويكون المستثنى القيمة وان استغرقت جميع ما أقر به بخلاف دينار الامائة درهم لاستغراقه بالمساوى انتهى فكانه قال له على دينار الادينار الكن استدرك عليه في الدر بما في الجوهرة وغيرها على مائة درهم الاعشرة دنانير وقيمتها مائة او اكثر لا يلزمه شئ فليحرر انتهى قلت ولا شك ان مافي الجوهرة اوجه لما سبق من ان بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما اذا كان بلفظه او بما يرادفه واعلم ان قاضيخان فرع على صحة استثناء الكيلى والوزنى ونحوهما من المقدرات التى تثبت في الذمة من الدراهم والدنانير فقال لوقال له دينار الادرهما اوالاقفيزا اوالامائة جوزة صح ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى فان كانت قيمته تأتى على جميع ما أقر به لا يلزمه شئ وان لم يكن المستثنى من جنس ما أقر به وليس له جنس من مثله كقوله دينار الاثوبا اوشاة لم يصح الاستثناء وان كان من جنسه صح الاستثناء في قولهم الا ان يستثنى جميع ما تكلم به فلا يصح الاستثناء انتهى وآخره يخالف اوله كذا بخط السيد الحموى عن الرمز واقول يمكن الجواب بحمل ما ذكره قاضيخان آخرا على ما اذا كان الاستثناء بمرادفه كقوله له على ألف دينار الاخمسمائة وخمسمائة فلا يخالف ماذكره اولا لان الاستغراق فيه من حيث القيمة فتدبر (تتمة) اذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر كقوله على مائة درهم الاشيئا اوالاقليلا اوالابعضا لزمه احد وخمسون لوقوع الشك في خروج فيحكم بخروج الاقل تنوير وشرحه (قوله لا يصح) وهو القياس لانه استثنى خلاف الجنس فصار كما لو قال الاشاة وبه قال زفر واحمد ونسبا انه استثنى مقدرا من مقدر وهو جنسه معنى بخلاف الشاة عينى (قوله لا غيرهما) لعدم وصف الثمنية ولو معنى وفيه ان نفي الغير به في كلام المصنف والشارح صادق بالمثنى العددى المتقارب من الدراهم فظاهره عدم صحة الاستثناء وليس كذلك كما سبق (قوله وقال الشافعى يصح الخ) لان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فاستثنى المال بعد تحقق المعنى وهو التصرف اللفظى وكلام الهداية يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا قال في العناية وهو الحق وقرر الشراح كلامه على انه ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده بعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول ثم اولابى حنيفة وأبى يوسف ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على أخص اوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب وأما الثوب يعنى ونحوه كالشاة فليس بثمن أصلا وماليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء وللقائل ان يقول ماليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائى يقتضى صحة التجانس اومعناه فلابد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات انتهى واقول ان كان المراد بالمجانسة التى ادعى صاحب العناية ان كلام الهداية يشير الى انها شرط عند الشافعى بل وهو الحق المجانسة من حيث الثمنية فممنوع اذ لو كانت هذه المجانسة شرطا عنده لما صح استثناء الشاة ونحوها من الدراهم وان كان المراد بها المجانسة من حيث المالية وهو الظاهر لا ينافى ماذكره شراح الهداية من عدم اشتراط المجانسة عنده اذ المجانسة التى نفوا اشتراطها عنده هى المجانسة من حيث الثمنية وبه يتبين ان قوله فى العناية فهو أحوج الى اثبات المجانسة فيه غير صحيح والعجب ان هذا مع ظهوره كيف خفى على صاحب العناية (قوله ولو وصل باقراره الخ) قيد بالوصل لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس كما سبق الا اذا كان عدم الوصل

وهو لا يساوى ألفا لزمه ألف درهم الا قيمة الدينار أو القفيز وهذا عندهما وهو الاستحسان وقال محمد وزفر لا يصح وهو القياس (لا غيرهما) أى لا يصح استثناء غير الكيلى والوزنى من الدراهم بان قال له على الف درهم الا شاة أو ثوبا وقال الشافعى يصح ويطرح عنه قدر قيمته (واو وصل باقراره ان شاء الله)

لعذر من الاعذار التي تقدمت ولو قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام مع الاستثناء لا يكون ايقاعا عيني (قوله ان شاء الله) وكذا ان علق اقراره بمشيئة من لا تعلم مشيئته كالجن والملائكة حموي عن المختار (قوله بطل اقراره) لانه ان كان ابطالا فظاهر وان كان تعليقا فالاقرار لا يحتمل التعليق لانه ليس بيمين اذ لا يحلف به ولانه خبر متردد بين صدق وكذب فلا يتغير بالشرط وكذا لو قال ان أردت او أراد الله او هبت الريح ولو قال اشهدوا ان له على ألفا ان مت فهو عليه مات او عاش وليس هذا تعليقا لان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم لتبرأ ذمته و يشهدوا بعد موته ان جحد الورثة فرجعه الى تأكيد الاقرار زيلعي وغيره لكن ذكروا في باب الهبة لو قال لمديونه ان مت فأنت برىء ان البراءة لا تصح لتعليقها بالشرط فيحتاج الى الفرق والجواب ان المعلق هنا الشهادة ولقائل ان يقول يحتمل رجوعه الى التقريب وهو الاقرار والجواب ان تصرف العاقل يصان عن الالغاء ما أمكن وذلك بجعله شرطا للشهادة فلو قال أردت تعليق الاقرار و رضي بالغاء كلامه قلنا تعلق حق المقر له يمنع ذلك حموي عن الرمز قال وكذا لو قال اذا جاء رأس الشهر او اذا أفطر الناس أو الى الفطر لانه ليس تعليقا بل دعوى أجل الى الوقت المذكور فقبل اقراره ودعوى الاجل لا تقبل الا بحجة حموي عن الزيلعي وغيره وكذا ان شاء فلان فشاء فهو باطل كما في المحيط و ينظر مع ما قدمناه في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح و وقع الطلاق شرنبلالية قال شيخنا و جوابه ان الاقرار اخبار فلا يصح تعليقه والطلاق انشاء الاسقاط فصح تعليقه واقتصرت مشيئته على المجلس نظرا لمعنى التمليك انتهى قال في الدر بقي لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره وقدمنا في الطلاق المعتمد لا فليكن الاقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف انتهى (قوله فلا يلزمه شيء) مطلقا وان جرى على لسانه من غير قصد لوجود الاستثناء حقيقة كما في العيني وانما لا يلزمه شيء لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبي يوسف فكان اعداما من الاصل درر وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع عناية وكذا تظهر أيضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق ان شاء الله يحنث عند أبي يوسف لانه يمين عنده وعند محمد لا يكون يمينا فلا يحنث عيني واعلم أنه لا يلزمه شيء أيضا فيما اذا قال على ألف في شهادة فلان او علمه لانه في معنى الشرط ولو قال بعلمه او بشهادته فهو اقرار لان الباء للالصاق حموي ومن التعليق المبطل له على ألف الا ان يبدو لي غير ذلك او أرى غيره وكذا اشهدوا أن له على ألفا فيما أعلم شرنبلالية (تنبيهان) الاول ما سبق عن الدرر من ان التعليق بمشيئة الله ابطال عند محمد و تعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبي يوسف يشكل بما نقلناه عن العناية مما يقتضي كون الخلاف بين الصاحبين على عكس ما ذكره في الدرر وجوابه ان النقل عنهما قد اختلف ففي الشرنبلالية بعد ان ذكر ما نقلناه عن الدرر قال وقيل الخلاف على العكس واختاره بعض شراح الهداية (الثاني) ما ذكره في الدرر من أنه عند أبي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه أحد وجهين والوجه الثاني هو ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط كما في الشرنبلالية عن قاضي زاده (قوله فهما للمقر له) لان البناء دخل تبعا لا لفظا ولهذا لم يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء بل يخير والاستثناء تصرف في الملفوظ بخلاف قوله الا ثلثها او الا بيتا منها لان أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فصح الاستثناء وطوق الامة وفص الخاتم ونخلة البستان نظير البناء في الدار زيلعي وغيره قال المقدسي وفي طوق الامة كلام لانهم قالوا الامة اذا بيعت لا يدخل في البيع معها الا ثيابها المعتادة للمهنة اما التي للزينة فلا تدخل الا بالنص ومنه الطوق اللهم الا أن يحمل على طوق حديد أو نحاس الخ فان قلت البناء في الدار جزء ولهذا يضمن بالاتلاف فينبغي ان يصح استثناؤه كالثلث والبيت قلت هو وان كان جزءا لكنه زائد بمعنى ان اسم

الدار

(ان شاء الله) أي بان قال له علي الف درهم ان شاء الله (بطل اقراره) فلا يلزمه شيء (ولو استثنى البناء من الدار) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي (فهما للمقر له وان قال بناؤها لي والعرصة لك) وهي البقعة

الدار لا ينتفي بانتفائه الى هذا أشار في الدرر ونعمه البناء جزء من الدار فيا وجه عدم صحة استثنائه قلنا وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة هي ان الركن قسمان اصلي وهو الذي دخل في مدلول الاسم بحيث اذا انتفى لا يصح اطلاق الاسم على الباقي كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وزائد وهو الذي دخل في مدلول الاسم لكنه اذا انتفى لا ينتفي اطلاق الاسم على الباقي كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده اورجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار في الايمان ركن زائد بان الركنية تقتضي الدخول والزيادة تقتضي الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة انتهى باختصار (قوله الخالية عن الشئ) يعني المعهود وهو البناء والشجر اذ الارض لا تخلو عن شئ حموي (قوله فكما قال) لان العرصة اسم للبقعة الخالية عن البناء والشجر ويكون مقرا ببياض هذه الارض دون البناء بخلاف قوله ارضها له حيث يكون له البناء ايضا وبخلاف قوله بناؤها لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل ما أقر به ولو قدم الاقرار بالارض كان الكل للمقر له به لان البناء تبع الارض والاصل ان دعواه لنفسه لا تمنع الاقرار لغيره واقراره لا يقبل على غيره كذا في التبيين وهو منقوض بما لو أقر مستأجر بدين يسري على المؤجر وتفسخ به عند الامام ولو أقرت زوجته بدين تحبس ويمنع عنها حموي (قوله ولو قال له على الف من ثمن عبد الخ) قال شيخنا هذه العبارة اولى من عبارة الدرر حيث قال وصح أي الاقرار بألف من ثمن قن الخ لان التعبير بالصحة يوهم لزوم الالف لحكمه بصحة الاقرار مع عدم القبض (قوله ولم ابينه) أي ذكر ذلك موصولا باقراره كما في التنوير (قوله فان عين العبد) بأن ذكر عبدا بعينه عيني (قوله لزمه الالف) لقائل ان يقول قد تقرر عندهم فيمن باع سلعة بثمن يقال للمشتري ادفع الثمن أولا ثم للبائع سلم المبيع فالاقرار بوجوب اداء الثمن لا يقتضي القبض والجواب ان ذلك فيما اذا كان المبيع حاضرا واذا لم يكن حاضرا فالاقرار بوجوب اداء الثمن يقتضي القبض حموي عن حواشي حفيد السعد على صدر الشريعة ثم قال بقي ان كلمة على تقتضي أصل الوجوب أو وجوب الاداء ونقل عن المقدسي ما نصه ذكروا في أول البيع ان المشتري يلزمه تسليم الثمن أولا فكيف عكس هنا والجواب لعلهم أرادوا بالتسليم الاحضار أو يخص هذا من ذلك لانه ليس ببيع صريح انتهى (قوله وان لم يسلمه اليه لا شئ له) لانه اقر بالالف على صفة وهي سلامة العبد له فلا تلزمه بدونها (قوله احدها هذا) وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه لزوم الالف لان الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا زيلعي وفيه انه اذا تصادقا فالحكم عكس ذلك وجوابه ان ذلك اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس هنا كذلك فان حكم به كان حكما بما لا يدعيه أحد وهو باطل حموي عن العناية (قوله وفيه المال لازم على المقر) لانهما اتفقا على ما أقر به من ان كلا منهما يستحق ما أقر به واختلفا في سببه ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم كما لو أقر بغصب ألف فقال بل قرض تلزمه لتصادقهما على الاستحقاق حموي عن الزيلعي قال وفي المنية لو سكت ثم ادعى انها قرض لم يصدق (قوله لا يلزم شئ على المقر) لعدم سلامة العبد له (قوله وحكمه ان يتحالفا) لان كلا منهما مدع ومنكر لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي على المقر الفا ببيع غيره وهو ينكر درر (قوله لزمه الالف مطلقا) أي سواء وصل او فصل فهو في مقابلة التفصيل الآتي عندهما (قوله ولا يصدق في قوله ما قبضت) لانه رجوع عن الاقرار لان الصدر موجب وانكار قبض مبيع غير معين ينافيه ولانه لو ادعى تأخير الثمن شهرا لا يقبل فكيف دهرا لما من عبد يأتي به الا يأتي له منع كونه المبيع بخلاف المعين هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب فكذلك عند أبي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع حموي اخذا من كلام الزيلعي (قوله وعندهما ان وصل صدق الخ) لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والشرط درر (قوله فالقول قول المقر) لان البيع لم يثبت بتصادقهما بقي أمر

الخالية عن الشئ (فكما قال ولو قال) له على الف من ثمن عبد اشتريته منه (ولم اقبضه فان عين) المقر (العبد وسلمه) اي المقر له (اليه لزمه الالف والا) أي وان لم يسلمه اليه (لا) شئ له على المقر وهذه المسئلة على وجوه احدها هذا والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك غيره وقبضته ولي عليك ألف درهم ثمنه وفيه المال لازم على المقر الثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يلزم شئ على المقر والرابع أن يقول العبد عبدي ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا واذا تحالفا انتفى دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشئ من المال وللعبد سالم في يده هذا اذا عين العبد (وان لم يعين) العبد (لزمه الالف) مطلقا ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن العبد وان أقر انه من ثمن العبد فالقول قول المقر انه لم يقبضه (كقوله

القبض مجملا لانه لم يقر به نصا ولا اقتضاء لان اقراره بوجوب الثمن ليس اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فلم يكن تعبيرا بل تفسير مجمل لتصادقهما عليه ولو قال شريت منه مبيعا الا انى لم اقبضه فالقول له اجماعا لانه اقر بشراء وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه ان اشتراه بشرط الخيار لا يجب وانما يجب بالقبض بخلاف ما تقدم لاقراره بالوجوب ولو أقر ببيع عبده هذا منه ولم يقبض ثمنه وحبسه به كان له ذلك لانه فى يده فالظاهر انه ملكه فاذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذى اقر به زيلعى ولا يخفى ما فيه فانه قال فى تعليل قولهما ان اقراره بوجوب الثمن ليس اقرارا بالقبض اذ هو واجب بالعقد ثم قال وبمجرد العقد لا يجب الثمن والجواب ان العقد بمجرده يقتضى أصل الوجوب لا وجوب الاداء حموى عن المقدسى (قوله من ثمن خمر الخ) كذا لو قال من ثمن حر أو ميتة أو دم أو من مال القمار فيلزمه مطلقا وان وصل لانه رجوع الا اذا صدقه وأقام بينة ولو قال له على ألف درهم حرام او ربا فهى لازمة مطلقا وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره ولو قال زورا أو باطلا لزمه ان كذبه المقر له در (قوله وهى زيوف) جمع زيف وصف بالمصدر ثم جمع على معنى الاسمية كفلس وفلوس وفعله زافت الدراهم تزيف زيفا ردؤت حموى والمراد ما يرده بيت المال والنبهرجة دون الزيوف فانه مما يرده التجار أيضا والستوقة اردأ من النبهرجة شرنبلالية (قوله لزمه الجياد) لان العقد يقتضيها فدعوى الزيف رجوع عما أقر به بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل ولو قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها رديئة يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة زيلعى (قوله وعندهما الخ) قال الزيلعى وقال فى الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وذكر فى النهاية لابى يوسف روايتين فيهما (قوله ان وصل صدق الخ) لانه فى معنى الاستثناء لانه يبين بآخر كلامه انه أراد الابطال لا التحقيق اذ الكلام يتم بآخره فصار كان شاء الله قلنا هذا ابطال والابطال ليس بيانا فلا يصح ولو وصل وقوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق من التغيير فيصح موصولا كذا فى الكافى وفيه ان المرجح فى ان شاء الله انه ابطال حموى عن المقدسى (قوله وعن أبى حنيفة الخ) عبارة الزيلعى وعن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول فى القرض انه يصدق فى الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع انتهى (قوله قيل يصدق اجماعا) يعنى اذا وصل كما فى الزيلعى لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به (قوله وقيل هو على الخلاف أيضا) لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف زيلعى فعند أبى حنيفة لا يصدق ويلزمه الجياد مطلقا وعندهما ان وصل صدق وان فصل لا ورجح فى التنوير الاول تبعا للبحر ونصه ولو قال له على ألف درهم زيوف يعنى ولم يذكر السبب كما فى الدرر فهو كما قال على الاصح (قوله بخلاف الغصب والوديعة) اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى حفظه فلم يكن قوله زيوفا تغييرا الاول كلامه بل هو بيان النوع فصح موصولا ومفصولا ولو قال الا انها ستوقة او رصاص فان وصل صدق وان فصل لا اذ الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز بها التجوز فى الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا درر (قوله وعن أبى يوسف انه اذا قال غصبت ثم قال هى زيوف الخ) كما فى القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض زيلعى (قوله اذا فصل) كان الاولى جعله علة لعدم التصديق لان الفصل استفيد من التعبير بكلمة ثم شيخنا (قوله صدق المقر) لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة در (قوله بانقطاع النفس) او بامساك احد فمه (قوله فهو وصل) دفعا للحرج وبه يفتى زيلعى والنداء بينهما لا يضر كقوله لك على ألف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك ألف واشهدوا الا كذا بحر واشار بالمثال الذى ذكره الى ان المسئلة

من ثمن خمر أو خنزير) هنا متصل بقوله لزمه الالف أى يلزمه هنالك كما يلزمه هنا مطلقا فيما اذا قال لفلان على الف درهم من ثمن خمر أو خنزير عند أبى حنيفة وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ (ولو قال) له على ألف درهم (من ثمن متاع) باعه منى (أو) قال (اقرضنى) الف درهم (و) قال (هى زيوف او نبهرجة) وقال المقر له جياد (لزمه الجياد) مطلقا عند ابى حنيفة وعندهما ان وصل صدق وان فصل لا وقال زفر يبطل اقراره اذا قال المقر له هى جياد وعن أبى حنيفة انه يصدق فى القرض فى الزيوف اذا وصل وانما قيد بثمن متاع و بالقرض لانه لو لم يذكر البيع والقرض بان قال لفلان على ألف درهم زيوف فقط قيل يصدق اجماعا وقيل هو على الخلاف أيضا (بخلاف الغصب والوديعة) أى اذا قال غصبت منه ألفا او اودعنى الفا ثم قال هى زيوف او نبهرجة صدق فى الغصب مطلقا وعن أبى يوسف انه اذا قال غصبت ثم قال هى زيوف لم يصدق اذا فصل (ولو قال) فى البيع والغصب والقرض والوديعة ان له على الفا (الا انه ينقص كذا) حال كونه (متصلا) بقوله (صدق) المقر (والا) أى وان لم يقل متصلا بل منفصلا (لا) يصدق واعلم انه لو وقع الفصل بين الاستثناء وبين صدره ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع النفس أو بأخذ السعال فهو وصل (ومن أقر بغصب ثوب

مفروضة فيما اذا كان المنادى هو المقر له فلا يرد عليه حينئذ ما اورده الحموى عن الجوهرة من انه اذا كان المنادى غير المقر له يضر (قوله وحلف بعيب صدق المقر) أى بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضى السلامة درر كالوديعة (قوله فهو ضامن) لانه أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ومثله القبض زيلعى ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وهو ينكر فالقول قول المنكر عينى وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول للمقر لما ذكرنا زيلعى (قوله لا يضمن المقر) اذ لم يقر بسبب الضمان بل بالاعطاء وهو فعل المقر له وهو يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكره فان قيل اعطاؤه يكون بقبضه فكان مقرا به قلنا و يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لثبوته ضرورة فيتقدر بقدرها فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان (قوله أخذه عمرو) لان الآخذ أقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل درر (قوله وقال كذبت بل الثوب والدابة لى) وقد أخذتهما منى ظلما شيخنا (قوله فالقول للمقر) وللآخر البينة شيخنا ولو قال قبضت منه ألفا كانت لى عليه وأنكر فله أخذها لانه أقر له بالملك وانه أخذه بحقه وادعى ما يبرئه والآخر ينكر بخلاف الاجارة والاعارة لان اليد فيهما للضرورة استيفاء المعقود عليه فلا يكون اقرارا باليد قصدا فيثبت فيما وراء الضرورة فى حكم يد المالك بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ فى الاجارة ونحوها خلافا لمن توهم ذلك لانه ذكر الاخذ فى الطرف الآخر زيلعى وفيه كلام للمقدسى فليراجع شرح الحموى (قوله وهو القياس) وبه قالت الثلاثة وعلى هذا الخلاف العارية والاسكان بأن قال أعرت فلانا ثوبى ثم أخذته منه أو أسكنت فلانا دارى ثم أخذتها منه وقال فلان هو لى وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد ووجه الاستحسان ما سبق من ان اليد فى الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المقصود عليه وفى الاسرار الاختلاف فيما اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر والا فالقول له اجماعا عينى وغيره واعلم ان ما ذكره فى الاسرار ينبنى على ما عليه المتقدمون من ان للقاضى القضاء بعلمه وان كان المفتى به ما ذكره المتأخرون من أنه ليس له ذلك ومن هنا تعلم سقوط قول الحموى وفيه انه اذا كان المقر به معروفا للمقر فالقاضى لا يعرف ذلك الا بشهادة العارفين عنده لا بمجرد قوله انتهى (قوله وعلى المقر مثله للثانى) بخلاف ما اذا قال هى لفلان لا بل لفلان بلا ذكر ايداع حيث لا يجب عليه للثانى شئ ان كانت معينة وان كانت غير معينة لزمه أيضا بان قال لفلان على ألف لا بل لفلان كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله ولو كانت بعينها فهى للاول وعليه للثانى مثلها وان كان المقر له واحدا يلزمه اكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا نحو قوله على ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه ولو قال الدين الذى لى على فلان لفلان أو الوديعة التى لى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ بحر وجرى عليه فى التنوير قال فى الدر بعد عزوه للخلاصة وفيه مخالفة لما فى الحموى والمقدسى وعامة المعتبرات فليراجع

(باب اقرار المريض)

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجئ فى الوصايا وأخره اما لان المرض عارض والاصل عدمه أو لان فى اقرار المريض اختلافا فى بعض الصور بخلاف اقرار الصحيح فكان أقوى وأورده بباب

(وان قال وجاء بعيب صدق) المقر (وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال) المقر له لا بل (أخذتها غصبا فهو ضامن) فالقول قول المقر له مع يمينه وان نكل عن يمينه لا يضمن المقر (ولو قال اعطيتنيها وديعة فهلكت (وقال) المقر له (غصبتها لا) يضمن المقر وكان القول قول المقر مع اليمين فان نكل عن اليمين يلزمه الالف (وان قال) زيد لعمرو (هذا الشئ) كان وديعة لى عندك (فأخذته) منك (وقال) كذبت (وهو لى اخذه) عمرو (وان قال آجرت بعيرى او ثوبى هذا فلانا فركبه اولبسه فرده) على وقال كذبت بل الثوب والدابة لى (فالقول للمقر) عند أبى حنيفة وقالا القول للذى أخذ الثوب منه والدابة وهو القياس (ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثانى) أى للمقر له الثانى مثل ذلك الالف وعند أبى يوسف ليس عليه شئ

(باب اقرار المريض دين الصحة وما لزمه فى مرضه

على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح حموى (قوله بسبب معروف) ببينة أو بمعاينة قاض والسبب المعروف ماليس بتبرع درر وقوله او بمعاينة قاض يبتنى على ماقدمناه من ان للقاضى القضاء بعلمه والمفتى به خلافه (قوله والتزوج) أى بمهر المثل لان الزيادة عليه باطلة والنكاح جائز شرنبلالية عن العناية (قوله مقدم على ماأقر به فى مرضه) ولو وديعة كما فى البحر لان المريض محجور عن الاقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلاحجر كعبد مأذون اقر بالدين بعد الحجر فالثانى لايزاحم الاول حموى وليس له ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو أعطاء مهرا وايفاء اجرة الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أونقد ثمن ما اشترى فيه بمثل القيمة وقد علم ذلك بالبينة لاباقراره للتهمة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده فان كانت كان أولى ولو أقر بدين ثم بدين تحاصا وصل أوفصل للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا و بعكسه الوديعة أولى درر ووجهه كما فى شرح الحموى أنه لمابدأ بالوديعة ملكها المقر له بعينها فاذا أقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره ان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو أقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة أولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لايصح والا نفذ من الثلث الا فى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ بخلاف اقراره باستيفاء ثمن ماباعه فى صحته من وارثه فانه لايصح ولو اشترى فى صحته بغبن فاحش بشرط الخيار ثم أجاز أو سكت وهو مريض حتى مضت المدة ثم مات كانت المحاباة من الثلث وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان أجنبيا وان كان وارثا لايجوز مطلقا سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته ان يقول لاحق لى عليه فتر تفع به مطالبة الدنيا لا مطالبة الآخرة الا المهر فلا يصح على الصحيح لظهور انه عليه غالبا بخلاف اقرار البنت فى مرضها بان الشئ الفلانى ملك أبى أو أمى لا حق لى فيه أوانه كان عندى عارية فانه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه بحر ودرر عن الاشباه (قوله والارث مؤخر عن دين أقر به فى مرضه) يفهم من هذا انه جعل الضمير فى قوله وأخر الارث عنه لما أقر به فى مرضه والاولى ان يجعل راجعا لمطلق الدين وان كان خلاف الظاهر من كلام المتن حموى قلت وعلى مافى الشارح من جعل الضمير لما اقر به جرى الزيلعى والعينى (قوله يستويان) لانه اقرار لاتهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين و به قال مالك واحمد ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه لانه يعجز عن قضائه من مال آخر فالاقرار به صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه وانما استوى الدين المعروف السبب ودين الصحة لانه لما علم سببه انتفت التهمة فى الاقرار به عيني (قوله وان أقر المريض الخ) أو اسند الاقرار الى الصحة كما فى الاشباه (قوله بطل) الا اذا أقر باستهلاك وديعة لوارثه فيختص به الوارث شرنبلالية عن قاضى زاده وأقول ينبغى تقييده بما اذا كانت الوديعة معروفة لقوله فى الاشباه مجرد الاقرار للوارث موقوف على الاجازة سواء كان بدين أو عين أو قبض دين منه أو الابراء الا فى ثلاث لو اقر باتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ماقبضه الوارث بالوكالة من مديونه و يلحق بالثانية اقراره بالامانات كلها ولو مال الشركة أو العارية انتهى (قوله الا ان يصدقه البقية) وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لايصح الا ان يصدقه البقية زيلعى فاذا صدقوه فى حياة المقر فلا حاجة الى التصديق بعد الموت بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لاينفذ الا باجازة الورثة بعد موت الموصى حموى عن العمادى ولو ادعى المقر له ان الاقرار فى الصحة وكذبه بقية الورثة فالقول لهم ولو أقاما البينة فبينة المقر له أولى بحر فلو لم يكن له وارث آخر أو وصى لزوجته أوهى له صحت الوصية وأما غيرهما فيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية درعن الشرنبلالية (قوله وقال الشافعى يصح) لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبى وبوارث آخر

و بوديعة

او بوديعة مستهلكة للوارث وهى معروفة بأن أودعها على رؤس الاشهاد ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين (قوله صح وان أحاط بماله) أى وليس عليه دين ولو فى المرض بسبب معروف شرنبلالية عن قاضى زاده (قوله والقياس ان لا يصح الخ) لان الشرع قصر تصرفه على الثلث الا انا تركناه باثر عمر رضى الله عنه فانه قال اذا أقر الرجل فى مرضه لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط بماله حموى ولانه لولم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من اتواء مالهم فينسد عليهم طريق التجارة أو المداينة زيلعى (قوله ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه عينى وبقى ان يقال لم يشترط المصنف ولا الشارح لثبوت نسبه وجود التصديق من المقر له به مع انه شرط حيث كان من أهل التصديق شرنبلالية عن الينابيع وقوله حيث كان من أهل التصديق أى بأن كان يعبر عن نفسه (قوله وبطل اقراره) لان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار حموى ولو لم يثبت نسبه بان كذبه او عرف نسبه صح الاقرار لعدم ثبوت النسب شرنبلالية عن الينابيع (قوله وعند زفر بطل) لحصول التهمة لانها وارثة عند الموت ولنا انه أقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده عينى لان الزوجية تقتصر على زمان التزوج بخلاف النسب فانه يستند الى وقت العلوق (قوله تبطل الهبة والوصية) تم قالا ان الوصية تملك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا يصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث فلا تصح ايضا عينى (قوله وان أقر لمن طلقها ثلاثا) يعنى بائنا ولو بدون الثلاث شرنبلالية وهذا اذا كانت فى العدة وطلقها بسؤالها فان مضت العدة جاز لعدم التهمة وان طلقها بلا سؤال فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار تنوير وشرحه وان كانت ممن لا ترث بان كانت ذمية صح اقراره لها من جميع المال ووصيته من الثلث حدادى (قوله فلها الاقل الخ) ويدفع لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة فى اعيان التركة در عن الشرنبلالية وانما كان لها الاقل لقيام التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار مسدود عليه للوارث فلعله اختار الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على الارث ولا تهمة فى الاقل درر (قوله ولو أقر بغلام الخ) لا يخفى ان المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه شرنبلالية قال الحموى وكان الاولى تقديم هذا المسئلة على قوله ولو أقر لاجنبى ثم أقر ببنوته لان الشروط الثلاثة هى معتبرة هنالك ايضا (قوله مجهول النسب) بان لا يدرى له اب فى بلده او فى بلد هو فيها در وقال الحموى أى لا يعلم له أب فى بلد كما فى شرح المنقص والظاهر ان المراد بلد هو فيه كما فى القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لان فيه حرجا انتهى معزيا الى الحواشى اليعقوبية (قوله وصدقه الغلام) المعبر عن نفسه لما ذكره من قوله ومن لم يعبر عن نفسه لا يعتبر تصديقه حموى وسيصرح به الشارح (قوله فى باب اقرار المريض لا يحسن) وقد اجاب الشارح السيد الحموى عن المصنف بانه انما قال ذلك لدفع الوهم كذا ذكره الحموى قال شيخنا وقوله المرض لا يمنع صحة دعوته لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل انتهى (قوله ويشارك الورثة) لانه من ضرورات ثبوت النسب زيلعى ثم لا يصح الرجوع لان النسب بعد ثبوته لا يحتمل الابطال بخلاف الرجوع عن الاقرار بالنسب نحو الاخ فانه يصح لعدم ثبوته لانه كالوصية وان صدقه المقر له كما فى البدائع لكن فى الدر عن المصنف معزيا لشرح السراجية بالتصديق يثبت فلا ينفع الرجوع الخ (قوله وصح اقراره بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشروطه ما بيناه فى الابن زيلعى وأطلق صحة الاقرار بالولد لذكر رجلا ما يصح فى جانب الرجل وأفاد بالسراجية صحة اقرارها بالام وهو رواية تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للامام سراج الدين لحنفيه والمذكور فى المبسوط والايضاح والجامع الصغير للمحبوبى ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة انتهى ومن الظاهر ان الابن ليس بقيد فخرج صحة الاقرار بالبنت انتهى وقال فى البرهان يصح اقراره بالولد والوالدين يعنى الاصل وان علا انتهى ونظر فيه العلامة المقدسى بما فى الزيلعى اذا اقر بالجد أو ابن الابن لا يصح اذ فيه حمل

صح وان احاط بماله) يعنى وان أقر بجميع ماله والقياس ان لا يصح اقراره الا فى الثلث (وان أقر المريض (لاجنبى) مجهول النسب (ثم أقر ببنوته ثبت نسبه) من المريض (وبطل اقراره وان اقر) المريض (لاجنبية ثم نكحها صح) الاقرار وعند زفر بطل (بخلاف الهبة والوصية) أى لو وهب المريض او أوصى لاجنبية ثم تزوجها تبطل الهبة والوصية (وان أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أى فى المرض (فلها الاقل) من الارث والدين وان حال دونه (أقر بغلام مجهول) النسب (يولد مثله (لمثله انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه) من المقر (ولو) كان المقر (مريضا ويشارك) الغلام (الورثة) وانما قيد بقوله مجهول لانه لو كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه وبقوله يولد لمثله لانه لو لم يكن كذلك لا يثبت نسبه منه وانما شرط تصديق الغلام لان المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه وقوله ولو مريضا فى باب أقرار المريض لا يحسن (وصح اقراره بالولد) بأن قال رجل هذا ولدى (والوالدين) بأن قال هذا ابى وامى (والزوجة)

(قوله قوله فى باب اقرار المريض لا يحسن حق هذا القول ان يذكر عند قوله قوله ويشارك الورثة كما هو ظاهر

النسب على الغير انتهى شرنبلالية وعبارة الحموي عن حواشي الحفيد على صدر الشريعة ان صحة الاقرار بالام موافق لما في الهداية والكافي وتحفة الفقهاء لكنه مخالف لعامة الروايات على ما في النهاية والخلاصة والمحيط وقاضيخان حيث صرحوا بانه لا يجوز اقرار الرجل بوارث مع ذي قرابة معروفة الا بأربعة الاب والابن والزوجة والمولى وفيما وراء الاربعة كالام مثلا لا ترث مع الوارث المعروف أما الاقرار فصحيح في نفسه حتى يقدم المقر له على بيت المال اذا لم يبق وارث معروف الخ وقال في الدر وماذكره من صحة الاقرار بالام كالاب هو المشهور الذي عليه الجمهور وهو الحق بجامع الاصالة فكانت كالاب فليحفظ (قوله اذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير الخ) وأقول ينبغي ان يزاد وان لا تكون مجوسية او وثنية حموي (قوله والمولى) أي الاعلى والاسفل اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير شرنبلالية عن قاضي زاده (قوله ان شهدت قابلة) او غيرها لتعين الولد أما النسب فبالفراش ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة در (قوله او صدقها زوجها) وكانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزم بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها عيني قال في الدر بقي لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر انتهى وأقول غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر لها كونه من الزنا مع انه ليس بلازم وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لان ولد الزنا واللعان يرث بجهة الام فقط فلا وجه للتوقف في ذلك (قوله ولا بد من تصديق هؤلاء) يعني الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه عيني (قوله بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد موت المقر وان أقر بنكاحها فصدقته بعد موته صح حتى يكون لها الميراث والمهر لبقاء حكم النكاح وهو العدة شيخنا (قوله لم يصح تصديقه عند أبي حنيفة) لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج أختها وأربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار وقول العيني وكذا اذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبي حنيفة ظاهر في التسوية بين الزوج والزوجة وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بان تصديق الزوجة بعد موت الزوج صحيح بالاتفاق لان حكم النكاح باق في حقها وهي العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حال الحياة وانما الخلاف في تصديق الزوج بعد موتها فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز كما في الزيلعي (قوله وعندهما يصح الخ) لبقاء النكاح بعد موت المرأة في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب منه لم يوجد ولهذا لو أقام البينة بعد موتها تقبل (قوله وان أقر بنسب نحو الاخ والعم) كذا الجد وابن الابن كما في التنوير ولهذا اعترض في الدر على الدرر حيث قال أقر بنسب من غير ولاد الخ بانه فاسد اذ يرد عليه ما لو أقر بالجد وابن الابن واعلم ان الاقرار بابن الابن ذكره في التنوير وشرحه مطلقا لكن ذكر الحموي بخطه مقيدا بما اذا أقر به في حياة ابنه معللا بان فيه حمل النسب على الغير (قوله لم يثبت) أي في حق غيره ما لم يصدقه المقر عليه او الورثة وهم من أهل التصديق ويصح في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا عليه تنوير وشرحه بتصرف (قوله قريب كالعم او بعيد كمولى الموالاة) موافق لما في الزيلعي حيث مثل للقريب بذوي الارحام وللبعيد بمولى الموالاة ويخالفه ما صرح به في العناية من ان الوارث القريب كذوي الفروض والعصبات والبعيد كذوي الارحام قال في الشرنبلالية وما قاله الزيلعي أوجه لان مولى الموالاة ارثه بعد ذوي الارحام مقدما على المقر له بنسب الغير انتهى (قوله ورثه) لانه أقر بنسب على الغير فلا يقبل وباستحقاق ماله بعده فيقبل حيث لا مزاحم اذ له ان يتصرف في ماله بما شاء فيوصي بجميعه فيجعله لهذا المقر له فهو وصية من وجه فله ان يرجع عنه ارث من وجه فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث بدون اجازة المقر له ما دام على اقراره فلو أقر باخ

ثم

اذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع نسوة سواها (والمولى) صح (اقرارها) أي المرأة (بالوالدين والزوج والمولى وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها زوجها) أي صدق المرأة زوجها في الاقرار (ولا بد من تصديق هؤلاء) اي انما يصح الاقرار اذا صدق المقر له في الاقرار في المسائل كلها (وصح التصديق) أي تصديق المقر له (بعد موت المقر) لا تصديق الزوج (بعد موتها) أي ان أقرت بنكاح الرجل وماتت فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند ابي حنيفة وعندهما يصح فعليه مهرها وله الميراث منها (وان أقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) نسبهما من الاب والجد (فان لم يكن له وارث غيره قريب) كالعم (او بعيد) كمولى الموالاة (ورثه) المقر له

ثم اوصى لآخر بكل ماله فلهذا الثلث ولو عكس اشتركا حموى عن الكافي وقوله مادام على اقراره يفيد ان له الرجوع وان صدقه المقر له وفيه من الخلاف ماقد علمته سابقا فتنبه (تتمة) ارث المقر له حيث لاوارث له غيره يكون مقتصرا عليه ولا ينتقل الى فرع المقر ولا أصله لانه بمنزلة الوصية شيخنا عن جامع الفصولين (قوله والالايرث) لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لان وجودهما غير مانع درعن ابن الكمال (قوله ولكن لم يثبت نسبه) لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره قيل هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع مكررة قلت ليس كذلك لان المقر في المسئلة السابقة مورث وههنا وارث وان كانتا سواء في عدم ثبوت النسب عيني (قوله شركه) بالكسر كعلم (قوله فلاشئ للمقر) ولا يرجع المقر على أخيه بنصف ماقبض وان تصادقا على الاشتراك في المقبوض لانه لو رجع على أخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور درر (قوله بعد مايحلف بالله ماتعلم ان أباك الخ) تعقبه الشيخ شاهين بان مسئلة المتن لاتحليف فيها ولعله سبق قلم وانما التحليف فيما اذا أقر ان أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ماتعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لايحلف لحق الغريم كما في الزيلعي لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه انتهى وأقول قول الزيلعي بخلاف المسئلة الاولى حيث لايحلف لحق الغريم لاينافي ماذكره الشارح من انه يحلف لان تحليفه لالحق الغريم بل لحق أخيه المراد لو نكل عن الحلف شاركه المقر في نصف المائة ولهذا صرح في الدرر بانه يحلف في كل من المسئلتين وعزا الاولى للاكمل والثانية للزيلعي فقوله مسئلة المتن لاتحليف فيها ولعله سبق قلم غير مسلم (قوله قبض منه مائة) كذا في كثير من النسخ وفي غيرها قبض منه خمسين وهو الصواب حموى

(كتاب الصلح)

مناسبته سابقه ان الصلح قد يكون عن اقرار وقد يقال وجه المناسبة ان الاقرار يحصل به قطع المنازعة كما يحصل بالصلح حموى ومافي الدرر من قوله أورده هنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولاللمدعي شاهد فمبني على الغالب اذ الصلح قد يكون بعد اقامة البينة أيضا قال عزمي زاده قلت وكان صاحب الدرر نسيه ونسي الصلح عن اقرار أيضا الخ (قوله وهو خلاف الخاصمة) ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لاتتقيد بمحل الحكم فيعلم ان جميع أنواعه حسن الخ ماذكره الزيلعي موافقا للشيخ برهان الدين في عروس الافراح وغيره مما تضمنته القاعدة المشهورة أعني ما اذا ذكر الاسم مرتين فاما ان يكونا نكرتين او معرفتين فاذا كانا نكرتين فالثاني غير الاول غالبا والا لكان المناسب هو التعريف نحو الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة فان المراد بالضعف الاول النطفة وبالثاني الطفولية وبالثالث الشيخوخة وان كانا معرفتين فالثاني هو الاول غالبا حملا له على المعهود الذي هو الاصل في اللام أو الاضافة نحو اهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم فاعبد الله مخلصا له الدين ألا لله الدين الخالص وقد اجتمع القسمان في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فالعسر الثاني هو الاول واليسر الثاني غير الاول

ولهذا قال عليه السلام فى الآية لن يغلب عسر يسرين وان كان الاول نكرة والثانى معرفة فالثانى هو الاول حملا على المعهود نحو أرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول فيها مصباح المصباح فى زجاجة الزجاجة الى صراط مستقيم صراط الله ماعليهم من سبيل انما السبيل وان كان الاول معرفة والثانى نكرة فلا يطلق القول بل يتوقف على القرائن فتارة تقوم قرينة على التغاير نحو ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة يسألك أهل الكتاب ان تنزل عليهم كتابا من السماء ولقد آتينا موسى الهدى وأورثنا بنى اسرائيل الكتاب هدى قال الزمخشرى المراد بالهدى جميع ما آتاه من الدين والمعجزات والشرائع وهدى الارشاد وتارة تقوم القرينة على الاتحاد نحو ولقد ضربنا للناس فى هذا القرآن من كل مثل لعلهم يتذكرون قرآنا عربيا ثم قال الشيخ برهان الدين الظاهر ان هذه القاعدة غير محررة فانها منتقضة بآيات كثيرة منها فى القسم الثانى هل جزاء الاحسان الا الاحسان فانهما معرفتان والثانى غير الاول فان الاول العمل والثانى الثواب ومنها فى القسم الاول وهو الذى فى السماء اله وفى الارض اله يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير فان الثانى فيهما عين الاول وهما نكرتان ومنها فى القسم الثالث ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ويؤت كل ذى فضل فضله ويزدكم قوة الى قوتكم فان الثانى فيها غير الاول قال الحافظ السيوطى فى الاتقان وأقول لا انتقاض بشئ فان اللام فى الاحسان للجنس فهو كالنكرة وكذا آية النفس والحر بخلاف آية العسر فان ال فيها اما للعهد أو للاستغراق كما يفيده الحديث وكذا آية الصلح لا مانع من أن يكون المراد الصلح المذكور وهو الذى بين الزوجين واستحباب الصلح فى سائر الامور يكون مأخوذا من السنة او من الآية بطريق القياس بل لا يجوز القول بعموم خيرية الصلح فى الآية لان ما أحل حراما من الصلح أو حرم حلالا فهو ممنوع وكذا آية القتال ليس الثانى فيها عين الاول بلا شك لان المراد بالاول المسؤل عنه القتال الذى وقع فى سرية ابن الحضرمى سنة اثنتين من الهجرة لانه سبب نزول الآية والمراد بالثانى جنس القتال لا ذاك بعينه وأما آية وهو الذى فى السماء اله فقد أجاب عنها الطيبى بانه من باب التكرير لاناطة أمر زائد بدليل تكرير ذكر الرب فيما قبله من قوله تعالى سبحان رب السموات والارض رب العرش ووجهه الاطناب فى تنزيهه تعالى عن نسبة الولد اليه وشرط القاعدة ان لا يقصد التكرير وقد ذكر الشيخ برهان الدين ان المراد بذكر الاسم مرتين كونه مذكورا فى كلام واحد اوكلامين من متكلم واحد بينهما تواصل بان يكون أحدهما معطوفا على الآخر وله به تعلق ظاهر وتناسب واضح ودفع ايراد آية القتال بان الاول فيها محكى عن قول السائل والثانى محكى من كلام النبى عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والقبول) وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه ان كان المدعى لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لانه اسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط وان كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه لانه كالبيع تنوير وشرحه عن العناية والبحر وليس المراد أن الطلب من المدعى يكفى عن قبول المدعى عليه كما قد يتوهم وانما المراد ان طلب المدعى عليه الصلح يكفى عن القبول منه ولهذا قال السيد الحموى وفى غير ما يتعين بالتعيين يكفى طلب المطلوب عن القبول انتهى (قوله وشرطه أن يكون البدل الخ) وكذا العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبى مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب والمصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص والتعزير لا مالا يجوز الاعتياض عنه كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس تنوير لكن ذكر فى البحر قبيل كتاب المضاربة ضمن فروع ذكرها عن المجتبى أن الصلح عن دعوى حق شرب اوشفعة أو وضع جذع ونحوه يجوز على الاصح واعلم انه يشترط للصلح شرط ما يلحق به لان الاصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن وفيه انه قد يقع على ترك الدعوى من الجانبين وامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد حموى عن تكملة قاضى زاده وسيه تعلق البقاء المقدر

والقبول وشرطه ان يكون البدل اى المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه

بتعاطيه وحكمه فى مصالح عليه ملكه للمدعى مقرا كان المدعى عليه أومنكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك للمدعى عليه ان احتمل التمليك كالمال فى الاقرار وان لم يحتمل التمليك كقود وبراءة فبراءته عن الدعوى كما فى الانكار مطلقا فلو انكر فصالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به وكذا لو برهن بعد صلحه لا يقبل بحر والصلح بعد الحلف يصح عند محمد لقيام الخصومة ولهذا تسمع البينة وعند أبى يوسف لا يصح لان اليمين بدل عن المدعى وقد استوفاه (قوله والالم تشترط معلوميته) كما لو ادعى كل واحد منهما حقا فى دار الآخر وتصالحا على أن يترك كل واحد دعواه قبل صاحبه صح وان كان المصالح عليه مجهولا من الجانبين لان جهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة حموى (قوله وهو جائز الخ) لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أوحرم حلالا وباقى البيان على وجه التحقيق فى الزيلعى والمراد من جواز الصلح اعتباره فى اثبات ملك المدعى فى بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق المدعى فى أصل الدعوى حموى عن الحقائق (قوله وقال الشافعى لا يجوز الصلح مع انكار او سكوت) لانهما صلح أحل حراما لانه أخذ المال بغير حق فى زعم المدعى عليه فكان رشوة فلنا معنى قوله عليه الصلاة والسلام أحل حراما أوحرم حلالا أى لعينه كما اذا صالح على ترك وطء الضرة أو على ان لا يتصرف فى بدل الصلح أو ان يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا وقوله أخذ المال بغير حق فى زعم المدعى عليه فكان رشوة غير مسلم لانه فى زعم المدعى عين حقه أو بدله فهو حلال أخذه وفى حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضا حلال ولو علما انه رشوة فهى جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشى والمرتشى المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها لبعض الظلمة يستعين بها على الظلم وأما الدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيها حتى روى عن أبى يوسف انه أجاز ذلك للوصى من مال اليتيم لدفع الضرر عن اليتيم الخ الزيلعى (قوله أى فى المصالح عنه) الاولى أن يجعل الضمير المجرور باداة الظرف راجعا لهذا الصلح ليشمل المصالح عنه وعليه كما فى شرح العينى حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيهما الشفعة أو صالح عن دار بعرض وجبت فيها الشفعة حموى (قوله والرد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له ان يرده لانه اعتبر بيعا عينى (قوله وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ماوقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه كما لو اشترى مالم يره عينى (قوله وخيار الشرط) بان تصالحا على شئ فشرط أحدهما الخيار لنفسه لانه من أحكام البيع عينى (قوله ويفسده جهالة البدل) أى الذى وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن عينى ويشترط القدرة على تسليم البدل در وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا زيلعى (قوله اذا كان يحتاج الى قبضه) اما ما لا يحتاج الى قبضه لا تضره الجهالة لانها جهالة فى الساقط كما سبق (قوله لا جهالة المصالح عنه) لانه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة كما فى الزيلعى بخلاف بدل الصلح (قوله ولو استحق الخ) صورته كما فى العينى ادعى زيد دارا فى يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما انتهى (قوله أو بكله) أى بكل العوض حتى اذا استحقت الدار كلها فى الصورة المذكورة يرجع عمرو على زيد بمائة درهم وهو كل العوض عينى واعلم ان فى كلام المصنف لفا ونشرا مرتبا (قوله رجع المدعى على المدعى عليه) وقع فى بعض نسخ العينى عكس ماذكره الشارح حيث قال رجع المدعى عليه على المدعى وفى بعضها كما هنا بتقديم المدعى على المدعى عليه وهو الصواب (قوله بكل المصالح عنه الخ) لانه مبادلة كما ذكره العينى وفى كلام المصنف لف ونشر مرتب نظير ما قبله (قوله اعتبر اجارة) لما ذكرنا من أنه يحمل على أشبه العقود به اذ العبرة للمعانى فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض زيلعى (قوله فيشترط التوقيت) يعنى فى الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى الدار سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة

(وهو) اى الصلح (جائز باقرار) المدعى عليه والالا تشترط معلوميته (و) صلح مع (سكوت) وهو ان لا يقر المدعى عليه بما ادعاه المدعى ولا ينكره (و) صلح مع (انكار) ذلك وقال الشافعى لا يجوز الصلح مع انكار او سكوت (فان وقع) الصلح (عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا) يعنى تجرى فيه احكام البيع (فتثبت فيه) أى فى المصالح عنه (الشفعه) اذا كان عقارا (والرد بالعيب وخيار الرؤية) أى يرد بخيار الرؤيه وخيار الشرط (ويفسده جهالة البدل) اذا كان يحتاج الى قبضه (لا جهالة المصالح عنه) وهو المدعى (وان استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصته ذلك) اى بحصة ما استحق من المصالح عنه حال كون الحصة (من العوض أو) رجع (بكله ولو استحق المصالح عليه) أى بدل الصلح (كله او بعضه رجع) المدعى على المدعى عليه (بكل المصالح عنه او ببعضه وان وقع) الصلح (عن مال بمنفعة اعتبر اجارة) يعنى تجرى فيه احكام الاجارة (فيشترط التوقيت) اى توقيت استيفاء تلك المنفعة حتى لو صالح على سكنى بيت ابدا أو حتى يموت المدعى لا يجوز كذا فى المحيط

أو حمل الطعام الى موضع زيلعى (قوله ويبطل الصلح بموت أحدهما) ان عقده لنفسه لانه اجارة وهذا حكمها وقول السيد الحموى أى الصلح عن مال لمنفعة لا مطلقا لا حاجة اليه اذ الكلام فيه (فــــرع) اذا بطل الصلح بطل ما فى ضمنه من الاقرار الصادر من مدع أو مدعى عليه كذا قيل معزيا للحموى وأقول عبارة الحموى عن القنية بخطه اذا أقر المدعى فى ضمن الصلح أنه لا حق له فى هذا الشئ ثم بطل الصلح يبطل اقراره الذى كان فى ضمنه وله أن يدعيه عليه بعد ذلك والمدعى عليه اذا أقر عند الصلح بان هذا الشئ للمدعى ثم بطل الصلح فانه يرد ذلك الشئ الى المدعى انتهى فهى صريحة فى ان اقرار المدعى عليه فى ضمن الصلح لا يبطل ببطلانه فتنبه (قوله وكذا اذا هلك محل المنفعة الخ) لانه اجارة وهى تبطل بذلك ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل ان كان القاتل المولى بطل والا ضمن قيمته واشترى بها عبدا يخدمه ان شاء كالموصى بخدمته بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالاتلاف والعتق وانما يعتبر اجارة اذا وقع على خلاف المدعى به فان ادعى دارا فصالحه على سكناها شهرا فهو استيفاء لبعض حقه لا اجارة فتصح اجارته للمدعى عليه بحر واعلم ان التفصيل بين المولى وغيره هو مذهب أبى يوسف وعند محمد يبطل مطلقا كما ذكره الزيلعى والعينى ونصه وان قتل العبد بطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة وعند أبى يوسف ان قتله المدعى أو الاجنبى يضمن قيمته ويشترى بقيمته عبدا فيخدمه انتهى فعلى صاحب البحر مؤاخذة (قوله لا يبطل الصلح الخ) لان الصلح لقطع المنازعة وفى ابطاله بموت أحدهما اعادتها فيبقى فيما لا تتفاوت الناس فيه مطلقا لامكان الاستيفاء فيه اما باستئجار العاقد أو باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدعى يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه لتضرر المالك بذلك (قوله فداء لليمين وعوض عنه فى حق المنكر) لانه فى زعمه لا حق عليه وان المدعى مبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف عينى (قوله ومعاوضة فى حق المدعى) لانه فى زعمه انه يأخذه عوضا عن ماله لانه محق فى دعواه ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى أصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بزعمه عينى (قوله فلا شفعة ان صالحه عن دار بهما) لكن للشفيع ان يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته فان كان للمدعى بينة اقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين ان الصلح كان فى معنى البيع وكذا ان لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل درر عن الشرنبلالية (قوله وتجب لو صالح على دار بهما) لان المدعى يأخذها عوضا عن حقه فى زعمه وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها عينى (قوله ورد المدعى البدل على المدعى عليه) توضيحه زيد ادعى دارا فى يد عمرو فانكر عمرو أو سكت ثم صالح على مائة فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق كل الدار فان زيدا يرد المائة الى عمرو ويرجع بالخصومة فى الدار الى المستحق لانه قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له ان يخاصمه عينى (قوله ولو استحق بعضه فبقدره) صورته استحق نصف الدار مستحق فى المسئلة المذكورة يرد زيد خمسين الى عمرو ويرجع الى المستحق بالخصومة فى النصف الثانى عينى (قوله رجع المدعى الى الدعوى فى كله أو بعضه) لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالبدل وهو الدعوى الا اذا كان مما لا يقبل النقض فانه يرجع بقيمته كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الجامع الكبير كذا فى الاشباه وقوله الا اذا كان الخ أى الا اذا كان المصالح عنه المفهوم من المقام والا فهو فى قوله بقيمته يرجع للمصالح عليه ففى العبارة تفكيك حموى وقوله كالقصاص فيه نظر فانه ذكر فى الجامع الكبير اذا كانت الدعوى قصاصا فصالحه المدعى عليه من غير اقرار على جارية فاستولدها المدعى ثم استحقت وأخذها المستحق وضمنه العقر وقيمة الولد فان المدعى يرجع الى دعواه فلو أقام البينة أو نكل المدعى عليه رجع بقيمة الولد وقيمة الجارية أيضا ولا يرجع بما ادعاه لان الصلح

(ويبطل الصلح بموت أحدهما) مطلقا أى اذا هلك المدعى أو المدعى عليه وكذا اذا هلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد فيعود المدعى على رأس الدعوى ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقى ويرجع فى دعواه بقدره وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفى المنافع على حالها وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب ولو نال ويبطل بهلاك كل واحد لتناول الحل الكل أولى ولما فرغ من مسائل الصلح مع اقرار شرع فى مسائل الصلح مع سكوت وانكار فقال (والصلح مع سكوت أو انكار فداء اليمين) وعوض عنه (فى حق المنكر ومعاوضة فى حق المدعى فلا شفعة) للجار على المدعى عليه (ان صالحه عن دار بهما) أى بسكوت وانكار (وتجب) الشفعة للجار على المدعى (لو صالح على دار بهما) (ولو استحق المتنازع فيه) كله بعد الصلح (رجع المدعى) على المستحق (بالخصومة ورد) المدعى (البدل) على المدعى (عليه) ولو استحق بعضه ورد بقدره (ولو استحق المصالح عليه رجع المدعى) الى الدعوى فى كله أو بعضه

عفو

عنه وهو لا ينتقض وقوله والعتق والنكاح والخلع أقول لم يجعل في الجامع الكبير العتق وما عطف عليه مثالا اذا كان المصالح عنه لا يقبل النقض بل نظيرا للقصاص في عدم قبول النقض ومن ثم قال بعض الفضلاء تصوير المسئلة فيها يحتاج الى امعان النظر والتأمل كذا في حاشية الاشباه للحموي واعلم انه اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة كما في العيني (قوله وهلاك بدل الصلح بعد التعيين الخ) هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك كما في الزيلعي (قوله وقد مر حكمهما) فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى درر واقتصر على ذكر الانكار ولم يذكر السكوت لانه في حكمه (تتمة) الصلح عن كل ما يدعيه او بعضه صحيح بلا فرق بين العين والدين في ظاهر الرواية فلا تصح الدعوى بعده وان برهن كما في العزمية بالعزو الى البزازية ومشى عليه في الاختيار وعزاه في الدر الى الشرنبلالية خلافا لما في الدرر والتنوير من انه لو صالح على بعض ما يدعيه فانه لا يصح حتى لو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لا يصح وهو على دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعى يكون استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين ونقل الحموي عن حواشي صدر الشريعة للحفيد ما نصه معنى قولنا الابراء عن الاعيان لا تصح ان العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا ان يبقى المدعى على دعواه الخ ولو صالح عن دعوى مجهولة في دار فاستحق بعضها لم يرد شيئا من العوض أما اذا ادعى نصف دار وقال نصفها لمن هي بيده فصالحه على دراهم فاستحق نصفها رجع بنصف الدراهم ولو قال نصفها لفلان آخر ولا ادري لمن هو لم يرجع بشئ حتى يستحق كلها أو اكثر من النصف حموي واذا استحق الكل يرجع عليه بكل ما أخذ وان استحق اكثر من النصف فبحسابه بان ينظر الى قدر المستحق كم نسبته للنصف (فصل) لما فرغ من بيان الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز الصلح منه وما لا يجوز حموي (قوله جاز صلحه) أى الصلح فيه حموي (قوله الصلح جائز عن دعوى المال) لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع بمال عن اقرار او في حق المدعى وحده ان وقع عن انكار او سكوت وفي حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة عيني (قوله والمنفعة) لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس كان يصالح عن السكنى على خدمة العبد أما اذا اتحد جنساهما كالصلح عن السكنى بالسكنى فلا يجوز كما في العيني والزيلعي قال السيد الحموي لكن في الولوالجية ما يخالفه حيث قال واذا ادعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز واجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال وانما كان كذلك لانهما ينعقدان تمليكا بتمليك انتهى (قوله بان ادعى في دار سكنى سنة الخ) كذا صور المسئلة في الجوهرة على ما ذكره الشرنبلالي ونصه صورة دعوى المنافع ان يدعى على الورثة ان الميت اوصى له بخدمة هذا العبد وانكر الورثة لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم تصالحا لم يجز كذا في المستصفى انتهى وأقول يرد عليه ما في البحر حيث صرح بان صلح المستأجر مع المؤجر عند انكاره الاجارة جائز (قوله العمد والخطأ الخ) وسواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ الآية نزلت في الصلح عن دم العمد وأما الخطأ في النفس فلانه موجبه المال والصلح عن دعواه جائز الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر

وهلاك بدل الصلح) بعد التعيين (قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه) أى استحقاق بدل الصلح في الحكم (في الفصلين) أى في الصلح عن اقرار والصلح عن انكار وسكوت وقد مر حكمهما آنفا والله أعلم
(فصل) واعلم ان ما جاز بيعه جاز صلحه (الصلح جائز عن دعوى المال والمنفعة) بان ادعى في دار سكنى سنة أو وصى بخدمة عبد وجحده الورثة فصالحه أو اقر به ثم مات وجحده الورثة فصالحهم أو اقرار على شئ من عين أو منفعة جاز (و) عن دعوى (الجناية) هذا اللفظ يتناول العمد والخطأ في النفس وما دونه

الدية وكذا على الاقل وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لاموجب له فى المال ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيف ما كان لعدم الربا الا انه يشترط القبض فى المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا فى الذمة لئلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضى باحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس آخر فامكن الحمل على المعاوضة زيلعى (قوله بخلاف الحد) لان الحدود حق الله تعالى لاحق المرافع ولا اعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت ان ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شئ حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق للعامة فلا ينفرد به بخلاف الامام اذا صالح عنه على مال حيث يجوز لان له ولاية عامة وله ان يتصرف فى مصالحهم ولهذا لو باع شيئا من بيت المال جاز بيعه وبخلاف ما اذا كان فى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز فى حقه لانه مفيد اذ يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين زيلعى ولو صالح شفيع عن حق شفعته بطل سقطت وبطل الصلح كخيار الشرط والعيب وخيار المخيرة والكفالة بالنفس كالشفعة واختلف فى بطلان الكفالة والمفتى به بطلانها حموى عن العناية والبيانية (قوله أو سارقا) اطلقه فعم ما لو وقع الصلح بين السارق ورب المال المسروق اذا كان بعد ما رفع الى القاضى وكان بلفظ العفو حيث لا يصح بالاتفاق وان كان بلفظ الهبة أو البراءة سقط القطع عندنا كما فى الشرنبلالية عن قاضيخان ومن هنا تعلم ما فى الدرر حيث صور المسئلة بقوله بان اخذ سارقا من غيره الخ ولذا اعترض عليه فى الشرنبلالية بقوله لا يختص عدم صحة الصلح بالسرقة من غيره انتهى وأقول انما قيد بالسارق من غيره لانه لو كان سارقا منه فاصطلح معه قبل الرفع الى القاضى صح الصلح وسقط القطع سواء وقع بلفظ العفو أو بلفظ آخر كالهبة على ما يعلم من سياق كلام قاضيخان وكذا بعد الرفع اذا كان بلفظ الهبة أو البراءة بخلاف السارق من غيره حيث لا يصح الصلح معه مطلقا فتدبر (قوله فهو باطل الخ) ولا يسقط حد الزنا والشرب سواء كان الصلح قبل الرفع أو بعده وحد القذف يسقط به لو قبل الرفع ووجه بطلان الصلح عن حد القذف مع ان فيه حق العبد هو ان المغلب فيه حق الله تعالى بخلاف التعزير والقصاص فى النفس وما دونها لانهما حق العبد كما فى الدرر (قوله وعن دعوى النكاح) عبارة الدرر وعن دعوى الزوج النكاح قال فى الشرنبلالية لو أسقط لفظ الزوج لكان اولى ثم قال وهذا اذا لم تكن ذات زوج لانه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع انتهى (قوله مطلقا) أى سواء كان دعوى النكاح من قبل الزوج او المرأة حموى (قوله فصالحها على مال جاز) كان زاد فى مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة درر (قوله نسخ المختصر) أى مختصر القدورى حموى (قوله وفى بعضها قال لم يجز) اختار عدم الجواز صاحب الوقاية واطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة اذ لم يسلم له شئ فى هذه الفرقة وهى يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هى على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار اليه زيلعى وكذا جرى على تصحيح عدم الجواز فى المجتبى والاختيار والملتقى وصحح الصحة فى درر البحار كما فى الدر فقد اختلف التصحيح (قوله لانكار المدعى عليه) فلو وقع الصلح باقرار من المدعى عليه يكون عتقا بمال فى حق المدعى والمدعى عليه فيثبت الولاء درر (قوله دون اثبات الملك) لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى لانه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعى كاذب لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض ونظيره المقر له اذا كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة زيلعى (قوله لم يجز صلحه عن نفسه) لانه ليس من التجارة فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود

(بخلاف الحد) فانه لا يصح الصلح من دعوى حد حتى لو أخذ زانيا أو سارقا أو شارب خمر فصالح على مال على ان لا يرفعه الى السلطان فهو باطل ويرد ما أخذ (و) الصلح جائز (عن) دعوى (النكاح) مطلقا (و) من (الرق) والصلح (وكان خلعا وعتقا على مال) وجهين من دعوى النكاح على وجهين احدهما ان يدعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال جاز والثانى ان تدعى امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال جاز هكذا فى بعض نسخ المختصر وفى بعضها قال لم يجز قوله والرق أى الصلح جائز عن دعوى الرق اذا ادعى على مجهول انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز ويجعل فى حق المدعى عليه بدلا لدفع الخصومة وفى حق المدعى كانه اعتقه على مال الا انه لا ولاء له لانكار المدعى عليه الا ان يقيم المدعى بينة فتقبل بينته على اثبات الولاء دون اثبات الملك (وان قتل العبد المأذون رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) مطلقا (وان قتل عبد له) أى عبد العبد المأذون (رجلا عمدا فصالحه عنه)

و يؤاخذ بالبدل بعد عتقه در وقول الشارح مطلقا أى سواء كان المأذون مديونا أولا (قوله أى صالح العبد المأذون عن عبده الخ) لان استخلاصه عبده كشرائه لانه باستحقاق القتل كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له ان يشتريه فكذا له ان يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى احد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدى منها كتابته ويحكم بحريته فى آخر حياته ويكون الفضل لهم زيلعى واعلم ان ما عبر به الشارح حيث قال أى صالح العبد المأذون عن عبده هو الظاهر بخلاف ما فى الدرر حيث قال أى صح صلح المولى عن نفس عبد له فعل القتل عمدا ولهذا تعقبه عزمى زاده بان الكلام على مصالحة العبد المأذون له قال وجعل المولى عبارة عن العبد المأذون تعسف لا يخفى انتهى ووجه التعسف ان المولى انما يطلق على الاسفل بعد عتقه ورق المأذون قائم فلا يصح اطلاق المولى عليه كذا بخط شيخنا عن شيخه (قوله ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته الخ) يعنى قبل القضاء بالقيمة حتى لو كان بعد القضاء بالقيمة لا يجوز لان تقدير القاضى كالشارع تنوير وشرحه واذا لم يجز الصلح على ما يزيد على القيمة بعد القضاء بها يلزمه رد الزيادة (قوله صح عند أبى حنيفة) فلا تقبل بينة الغاصب بعد الصلح ان قيمته اقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشئ لو تصادقا بعد الصلح انها أقل تنوير وشرحه (قوله يبطل الفضل) لان الواجب هو القيمة وهى مقدرة من النقود فالزيادة عليها تكون ربا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا واما الصلح باكثر من قيمته على العرض فهو جائز بالاجماع لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس عينى والحاصل ان الامام يقول ان الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة والصاحبان يقولان ان القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لانها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين فيكون المأخوذ بدلا عن القيمة عند الصاحبين فما زاد على القيمة يكون ربا شيخنا (قوله بما لا يتغابن الناس) يعنى اذا كان الصلح على غير عرض اذ الصلح على عرض لا خلاف فيه مطلقا كما سبق عن العينى ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من الايهام (قوله أى المعتق الشريك) بنصب المعتق اذ هو بيان للمفعول وهو الضمير فى فصالحه ولولا وجود الضمير لكان المتبادر رفعه ونصب الشريك (قوله لا يصح الصلح فى حق الزيادة من نصف قيمته) لان ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضى وبه يتقرر فكذا بما هو فوقه تبيين (قوله وان صالحه على عرض قيمته أكثر منه جاز) أى بالاجماع لما سبق من ان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس (قوله بالصلح عنه) اطلاقه صادق بما اذا صدر التوكيل من الجانى أو ولى المجنى عليه بالنسبة للصلح عن دم عمد وكذا صادق بما لو صدر التوكيل من رب الدين أو المدين (قوله ما لم يضمنه الوكيل) فاذا ضمن وادى رجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بلا أمره بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبى والامر بالخلع كالامر بالصلح حتى يرجع على الآمر ان ضمن وأدى عنه زيلعى (قوله اذا كان الصلح عن دم العمد) عن اقرار أو سكوت أو انكار وفيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لانه اسقاط فكان الوكيل سفيرا فلا يلزمه شئ الا بالتزام وأما فيما يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه فيطالب هو بالعوض دون الموكل زيلعى ومنه يعلم ما سقط من كلام العينى حيث قال أو فيما لا يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار الى هذا أشار الشيخ شاهين ومحصله ان قول العينى بان كان عن مال بمال الخ تصوير لما سقط من قلمه وهو وأما فيما يحمل على المعاوضة (قوله أو عن بعض ما يدعيه من الدين) من مكيل وموزون در (قوله أما اذا كان

أى صالح العبد المأذون عن عبده (جاز) مطلقا سواء كان المأذون مديونا أولا (ولو صالح عن المغصوب التلف بما زاد على قيمته أو) صالح (على عرض) قيمته أكثر من قيمة المغصوب المتلف (صح) عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس ويلزم رد الزيادة (ولو اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (فصالحه) أى المعتق (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يصح) الصلح فى حق الزيادة من نصف قيمته وان صالحه على عرض قيمته أكثر منه جاز وانما قيد بقوله موسر لانه اذا كان معسرا تجب سعاية النصف على العبد (ومن وكل رجلا بالصلح عنه) أى عن الموكل (فصالح) الوكيل (لم يلزم الوكيل ما صالح عليه) أى بدل الصلح (ما لم يضمنه) الوكيل (بل يلزم الموكل) ماصالح عليه هذا اذا كان الصلح عن دم العمد أو عن بعض ما يدعيه من الدين اما اذا كان وكله بالصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل (وان صالح) رجل (عنه) أى عن رجل (بلا امر) من ذلك الرجل

وكله بالصلح عن مال بمال الخ) هذا اذا كان الصلح عن اقرار فلو كان عن انكار لايجب البدل على الوكيل درر عن الكفاية (قوله صح ان ضمن الفضولي المال) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فيصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين عيني (قوله أو أضاف الى ماله) لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه عيني (قوله بأن قال صالحتك على ألفي هذا الخ) وصار متبرعا في الكل الا اذا ضمن بأمره درر عن عزمي زاده وما في الدرر من تخصيصه التبرع بالصورة الرابعة غير ظاهر بل هو عام في الجميع يرشد اليه تعليله بقوله لانه فعله بلا اذن المدعى عليه كذا بخط شيخنا (قوله أو على عبدي هذا) قال الزيلعي ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفا او ستوقة لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شئ آخر لم يلتزمه ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور زيلعي ومنه تعلم ما في الدرر من الايهام حيث قصر الكلام على العبد فقال ولو استحق هذا العبد أو وجد به عيبا فرده أو وجده حرا أو مدبرا أو مكاتبا فلا سبيل له على المصالح الخ لانه يوهم الرجوع على المصالح في غير العبد كما اذا وجد الالف زيوفا فتنبه (قوله تم الصلح بقبوله) لانه كالمضاف الى نفسه لانه تعين للتسليم اليه زيلعي (قوله وسلم الالف اليه) لانه بالتسليم تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه كذا بخط شيخنا (قوله وان لم يجز بطل الصلح) لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته

(باب الصلح في الدين)

وهو الذي يثبت في الذمة عيني لما ذكر الصلح مطلقا في عموم الدعاوى ذكر الصلح في الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق حموي والاصل انه متى كان المصالح عليه أدون من حقه قدرا ووصفا او في أحدهما فهو اسقاط للبعض وأخذ للباقي وان كان أزيد منه بأن دخل فيه ما لم يستحق من وصف أو ما هو في معناه كتعجيل مؤجل فمعاوضة (قوله الصلح عما استحق) قال الزيلعي هذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقي وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى انه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ كما وقع في القدوري انتهى وما أجاب به في الشرنبلالية من ان قوله أخذ لبعض حقه يقتضي ان الصلح انما وقع على جزء مما يستحقه غير دافع لما أورده الزيلعي اذ مبنى صحة جواب الشرنبلالي على عبارة دلالة الالتزام وهي مهجورة في التعاريف بقي ان يقال قول الزيلعي والصواب ان يقال الصلح على ما استحق الخ على حذف مضاف والتقدير على بعض ما استحق (قوله هي البيع بالدين) في الحصر المستفاد من تعريف الجملة نظر فان الاقراض كذلك حموي (قوله حملا لامر المسلم على الصلاح) كما في قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها الحديث مع ان الحكم فيما تركه فسقا كذلك لهذا المعنى حموي (قوله على نصفه) أى الالف وذكر ضمير الالف لكونها ليست مؤنثة حقيقة حموي (قوله على ألف مؤجل) وكذا لو صالحه عن ألف حالة على خمسمائة مؤجلة جاز كأنه ابرأه عن النصف وأخر النصف حموي (قوله جاز الصلح) في الوجهين أما في الاول فيجعل مستوفيا النصف حقه ومسقطا للنصف وأما في الثاني فكأنه أجل نفس الحق ولا يحمل على المعاوضة تحرزا عن الربا لان بيع النقد

(صح ان ضمن) الفضولي (المال او اضاف الى ماله) اى مال نفسه بان قال صالحتك على الفي هذا او عبدي هذا او لو قال صالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه تم الصلح بقبوله (او قال) صالحتك (على الف وسلم) الالف اليه (والا) اى وان لم يضمن او لم يضف الى ماله ولم يسلم الالف الى المدعى (توقف) وفي الذخيرة انه يتوقف عند الصلح وعند البعض ينفذ على المصالح (فان اجازه المدعى عليه جاز) ولزمه الالف (والا) اى وان لم يجز (بطل الصلح)

(باب الصلح في الدين)

(الصلح عما استحق) اى وجب وثبت (بعقد المداينة) هي البيع بالدين ثم ذكر عقد المداينة مع ان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (أخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة) لان مبادلة الاكثر بالاقل لا يجوز (فلو صالح عن الف حال (على نصفه او على الف مؤجل جاز) الصلح (و) لو صالح (عن الف درهم (على) الف (دنانير مؤجلة) الى شهر (او) صالح (عن الف مؤجل) اوسود على نصف حال

بمثله نسيئة لايجوز حموى ولو صالحه عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز لان من يستحق
الجياد يستحق الزيوف بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث
لايجوز لانه لايمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لايستحق الجياد فيكون معاوضة
ضرورة فلايجوز التفاضل زيلعي (قوله أو بيض) بكسر الباء جمع بيضاء كعيس جمع عيساء عيني
والعيس بالكسر الابل البيض يخالط بياضها شيء من الشقرة واحدها أعيس والانثى عيساء بينة العيس
شيخنا عن الصحاح (قوله لايجوز) في الصور الثلاث لان الدنانير والحال والبيض غير مستحق بعقد المداينة
فتعينت المعاوضة ولزم الربا فضلا أو نسيئة لان من له الدراهم لايستحق الدنانير فكان معاوضة وهو
صرف فلايجوز تأجيله وكذا من له دين مؤجل لايستحق الحال والتأجيل حق المديون وقد تركه بازاء
حط شيء من الدين فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف لانه خير منه
ولهذا نقص الثمن لاجله والحط بازائه ربا الافي المكاتب كما اذا صالح مولاه عن ألف مؤجل على نصف
حال لان معنى الارفاق بينهما أظهر من المعاوضة فيكون ارفاقا من المولى بحط البعض ومساهلة من
المكاتب ليسارع الى شرف الحرية وهو مندوب زيلعي وكذا من له دراهم سود لايستحق البيض فيكون
أخذها بطريق المعاوضة وشرطها عند اتحاد الجنس المساواة ولم توجد حتى لو صالحه على ألف حالة عن
الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة
في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة ولو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف
في الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على
مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة
التي بقيت ولايجعل على المعاوضة لان فيه فسادا عيني (قوله برئ) أي بالاتفاق لان الابراء يحتمل
التقييد بالشرط وان لم يحتمل التعليق به وكلمة على جعلت شرطا تصحيحا لتصرفه وان كانت تستعمل
للمعاوضة (قوله وعند أبي يوسف لايعود) لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان
طالبه هو فيه اذ المال حال فبطل التعليق فصار ابراء مطلقا ولهما انه علق الابراء بشرط ولم يوجد
وهذه المسئلة على وجوه الاول ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف على
خمسمائة تدفعها الى غد وأنت بريء من الزيادة على أنك ان لم تدفعها الى غد فلا تبرأ من الباقي فيكون
الامر كما قال والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا فحكمه انه
يبرأ مطلقا وان لم يؤد الخمسمائة في الغد والرابع ان يقول اد الي خمسمائة على انك بريء من باقيه ولم يوقت
للاداء وقتا فحكمه انه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق والخامس اذا قال ان أديت الي خمسمائة او اذا أديت
او متى أديت فحكمه انه لايصح لانه تعليق بالشرط صريحا والابراء لايحتمل التعليق بالشرط لما فيه من
معنى التمليك عيني وكان المناسب لكلامه سابقا ولاحقا ان يبدل قوله ولهما أنه علق الابراء بشرط ولم
يوجد بقوله ولهما انه قيد الابراء الخ كذا ذكره شيخنا (تتمة) وجه بطلان تعليق البراءة بالشرط ان الابراء
اسقاط حتى لايتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد والتمليكات لاتحتمل التعليق بالشرط
والاسقاط يحتمل ذلك فلمعنى التمليك قلنا اذا صرح بالتعليق بالشرط لم يصح ولمعنى الاسقاط اذا لم يصرح
بالشرط يتقيد عزمي زاده (قوله بمالك) بفتح اللام وكسرها حموى (قوله صح عليه) لانه ليس بمكره
لتمكنه من اقامة البينة او التحليف فينكل وهو نظير الصلح مع الانكار فكان مختارا في تصرفه أقصى
ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لايمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة زيلعي
(تتمة) ادعى ألفا فجحد فقال أقر لي بها على ان احط منها مائة جاز بخلاف على ان أعطيك مائة
لانها رشوة ولو قال ان أقررت لي حططت لك منها مائة فأقر صح الاقرار لا الحط بحر ودرر عن المجتبى
ووجهه أنه تعليق للابراء بالشرط صريحا

او بيض لا) يجوز فيه لف ونشر فالاول
بالاول والثاني بالثاني (ومن له على
آخر الف فقال) الدائن للمديون
(اد غدا نصفه على انك بريء) أي
في الحال (من الفضل ففعل برئ) أي
من النصف الآخر (والا)
وان لم تؤد اليه خمسمائة في الغد (لا)
يبرأ من الفضل وعاد الالف عليه
عندهما وعند ابي يوسف لا يعود
(ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى
تؤخره) اي مطالبته (عني او تحط) أي
بعض المال (ففعل صح عليه) أي
لزمه وليس للدائن ان يطالب المديون
في الحال وبما حط هذا اذا قاله سرا
حتى لو قال علانية بحضور الشهود
يؤخذ المقر بالمال في الحال

(فصل في الدين المشترك) أخره عن المفرد لان المثنى بعد الواحد حموى (قوله كما لو باعا عبدا مشتركا الخ) كذا اذا كان لكل منهما عين على حدة فباعاهما صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن كما في الزيلعي مع انه لا شركة بينهما في نفس المبيع واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة عزمي زاده (تتمة) سئل العلامة أحمد بن يونس الشهير بالشلبي عن دار مشتركة بين ثلاثة أوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به فاذا قبض بعض النظار شيئا من الاجرة هل لباقي النظار ان يشاركه في المقبوض أم لا فأجاب بان لباقي النظار الشركة فيما قبضه أحدهم حيث صدرت الاجارة منهم صفقة واحدة قياسا على ثمن المبيع صفقة واحدة انتهى وتعقبه العلامة الحموى بان جوابه انما يصح اذا كان ما أجره كل من النظار معينا غير مشاع وأقول هذا انما يرد أن لو صدرت الاجارة في بعض الدار لما يلزم عليه حينئذ من اجارة المشاع لغير الشريك ولا شيوع هنا لصدور الاجارة في كل الدار فتنبه (قوله او كان الدين ميراثا بين الورثة) او كان موصى به لهما أو كان بدل قرضهما كذا بخط شيخنا (قوله دين بينهما الخ) قيد بالدين لانه لو كان عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وفي الدين اذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان شرنبلالية عن التبيين وأراد بالثوب خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين عيني (قوله باقرار او سكوت وانكار) لان المدعين متصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذانه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما زيلعي (قوله ويطالب المديون بنصفه) اى بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته عيني (قوله او يأخذ نصف الثوب من شريكه) لانه عوض عن دينه عيني (قوله فحينئذ لا يأخذ نصفه) لان حقه في الدين لا في الثوب عيني فكان الخيار للمصالح بكسر اللام كذا بخط شيخنا (قوله شركه الآخر) لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله ان يشاركه فيه لكونه عين حقه من وجه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه وانما كان له ان يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر ولو سلم المقبوض واختار متابعة الغريم ثم مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها كذا في الزيلعي ومنه يعلم ما في العيني من الخلل (تتمة) شرك من باب تعب قال في المصباح شركته في الامر اشركه من باب تعب شركا وشركة وزان كلم وكلمة بفتح الاول وكسر الثاني اذا صرت له شريكا انتهى وقوله بفتح الاول الخ أي بفتح الشين من الماضي وكسرها من المصدر (قوله يبيع من المطلوب كفا من زبيب الخ) أو يهب الغريم قدر الدين وهو يبرئه عن دينه زيلعي (قوله ضمنه ربع الدين) يعني ان شاء لانه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرورة عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين لتضرر لا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة وللشريك ان لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا ان له حق المشاركة ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه أحد الدينين قضاء لا ولهما الا اقتضاء والضمان انما يجب بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما

تجب

(فصل) في الدين المشترك وهو ما حصل بسبب متحد كما لو باعا عبدا مشتركا صفقة واحدة أو استهلكه انسان او كان الدين ميراثا بين الورثة (فان كان دين بينهما فصالح احدهما (عن نصيبه على ثوب) باقرار او سكوت او انكار (فالآخر ان يتبع) ويطالب (المديون بنصفه) أو يأخذ نصف الثوب من شريكه فحينئذ لا يأخذ نصفه الا ان يضمن ربع الدين) (ولو قبض) احد الشريكين (نصيبه شركه) الشريك (الآخر فيه ورجعا بالباقي على الغريم) فلو اراد احدهما ان يأخذ حصته فيما قبض ولا يكون لشريكه ... قال في النوازل يبيع من المطلوب كفا من زبيب بقدر حصته من الدين ويسلم الزبيب اليه ثم يبرئ الغريم عن حصة دينه ويطالبه بثمن الزبيب ويأخذه فلا حق لشريكه في ذلك (ولو اشترى) احدهما (بنصيبه شيئا ضمنه ربع الدين)

وبطل صلح احد ربي السلم من نصيبه على مادفع) أي رجلان اسلما الى رجل في طعام ثم صالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عندهما وعند أبي يوسف يجوز فالحاصل انه يتوقف هذا الصلح عندهما على اجازة صاحبه فان رده بطل اصلا ويكون الطعام المسلم فيه بينهما وان اجاز نفذ عليهما وكان نصف رأس المال بينهما ويكون نصف الطعام المسلم فيه أيضا بينهما وعنده الصلح جائز على من باشره وله نصف رأس المال وشريكه ان شاء شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب بنصف الطعام المسلم فيه وان شاء سلم له ما قبض ويتبع ما على المسلم اليه بنصف المسلم فيه الا اذا توى ما على المسلم اليه ثم يرجع على الشريك الصالح ثم الصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف ما قبض وان شاء دفع اليه ربع المسلم فيه (وان أخرجت الورثة احدهم عن تركة) عرض او عقار بمال او عن ذهب بفضة او بالعكس صح الصلح (قل) اي المصالح عليه (أو كثر)

تجب بالاقتضاء ولو ابرأه احدهما عن نصيبه لا يضمن ولو غصب أحدهما من المدين عينا او اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج به لعدم امكان المشاركة فيه كالجناية على نفس المدين وكالابراء بخلاف التزوج على دراهم مطلقة فانه قبض بالاجماع لوقوع التقاص زيلعي (قوله وبطل صلح أحد ربي السلم) فيه ان تعبيره بالبطلان مخالف لما في الدرر والتنوير من قوله صالح أحد ربي السلم عن نصيبه على مادفع فان أجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وسيأتي في كلام الشارح أيضا التصريح بالتوقف حيث قال فالحاصل انه يتوقف هذا الصلح الخ قلت أراد بالباطل ما قابل النافذ فيصدق بالموقوف حينئذ بقي ان يقال معنى الصلح على مادفع هو ان يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة وسماه صلحا مجازا اذ هو فسخ في الحقيقة عزمي زاده وشرط ان يكون الصلح على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه زيلعي (قوله لم يجز عندهما) الا اذا كانا شريكين مفاوضة فانه يجوز مطلقا در عن البحر (قوله وعند أبي يوسف يجوز) لانه دين مشترك فاذا صالح أحدهما على حصته جاز كما في سائر الديون عيني ولهما انه لو جاز فاما ان يجوز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فعلى الاول يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه درر واعلم ان الخلاف ثابت بينهم على الصحيح سواء خلطا رأس المال اولا وقيل ان لم يخلطا رأس المال جاز عندهما أيضا شرنبلالية عن التبيين (قوله عن تركة عرض الخ) يجوز ان يقرأ باضافة عرض الى ما قبله وبقطعها على ان يكون قوله عرض او عقار بدلا من التركة والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار ويقال أيضا في البيت عقار حسن أي متاع وأداة والعرض المتاع وكل شئ فهو عرض سوى الدراهم والدنانير فانها عين قال أبو عبيدة العروض الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا تقول اشتريت المتاع بعرض أي بمتاع مثله شيخنا عن الصحاح (قوله صح الصلح) لعدم الربا لاختلاف الجنس ويقسم الباقي بينهم على سهامهم الخارجة قبل التخارج الا ان يجعل هذا بالتخارج كان لم يكن بيانه امرأة وبنت وأخ شقيق اصلها ثمانية واحد للمرأة وأربعة للبنت والباقي للاخ فاذا أخرجت المرأة قسم الباقي على سبعة ولو جعلت كان لم تكن قسم نصفين حموي عن الشيخ عماد الدين واعلم انه اذا أخرجوا واحدا فحصته تقسم بين البقية على السواء ان كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث وان كان مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم وقيده الخصاف بان يكون عن انكار اما اذا كان عن اقرار فهو بينهم على السواء مطلقا ولا يشترط ان تكون اعيان التركة معلومة كما في البحر لعدم الحاجة الى التسليم كمن أقر بغصب شئ فباعه له المقر حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما في يده للحاجة الى التسليم (قوله صح قل او كثر) لانه معاوضة لا ابراء اذ الابراء عن الاعيان باطل كذا قيل وأقول ما قيل من ان الابراء عن الاعيان باطل قيده في البحر بما اذا كان على وجه الانشاء فان كان على وجه الاخبار كقوله هو بريء من مالي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى وكذا اذا قال لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط والمحيط فعلم ان قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الاقرار عينا كان او دينا قال في المبسوط ويدخل في قوله لا حق لي قبل فلان كل عين أو دين وكل كفالة أو جناية او اجارة او حد فان ادعى الطالب بعد ذلك حقا لم تقبل بينته عليه حتى يشهدوا انه كان بعد البراءة الخ واعلم ان قوله لا حق لي قبله ونحوه ليس من قبيل الابراء العام خلافا لما توهمه في البحر وجرى عليه في الدر المختار ولهذا رأيت بخط شيخنا عند قول التنوير وشرحه من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح صالح احد الورثة وابرأه ابراء عاما وقال لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي ثم ظهر في يد وصيه من التركة شئ لم يكن وقت الصلح وتحققه تسمع دعوى حصته منه على الاصح ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لي حق أي مما قبضته على ان الابراء

عن الاعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة الخ مانصه ليس هذا من قبيل البراءة العامة وانما هو اشتباه حصل لصاحب الاشباه وتبعه فيه في شرح التنوير لان قوله لم يبق لي حق الخ اقرار مجرد انتهى واعلم ان الجواب عما ذكره في الاشباه وتبعه في التنوير من ان الوارث تسمع دعواه بعد الابراء العام من اوجه أحدها ماذكره الشيخ حسن في الرسالة وجرى عليه الحموي في حاشية الاشباه من انه اشتبه عليه الاقرار المجرد فظنه من قبيل البراءة العامة وساق مسائل أخر ظنها استثناء من البراءة العامة ثانيها انه على فرض تسليم الاستثناء انما سمعت دعوى الوارث بعد الابراء العام لجهله بمعرفة مالوالده على التفصيل والتحرير بخلاف ما اذا كان مثل هذا الاشهاد مجردا عن سابقة الجهل المذكور فاستحسنوا سماع دعواه هنا كما في حاشية الاشباه أيضا عن الطرسوسي ثالثها انما سمعت دعوى الوارث بعد الابراء العام لعدم صحة البراءة لان الابراء عن الاعيان باطل كما في الدر عن ابن الشحنة بقي ان يقال مقتضى الجواب الاول ان الدعوى بعد الاقرار المجرد تسمع بخلاف الابراء العام وهو مخالف لما في الرسالة عن الفوائد البدرية لابن الفرس حيث سوى بينهما في عدم سماع الدعوى ونصه ابرأه مطلقا أواقر انه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر بعد ذلك ان المقر له كان مشغول الذمة بشئ من متروك أبي المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت ابيه الا بعد الاقرار والابراء لا يكون له المطالبة بذلك ويعمل الاقرار والابراء عمله ولا يعذر المقر انتهى (قوله فلا يعتبر التساوي) وفيه الاثر وهو ان تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بحضر من الصحابة وروى ان ذلك كان نصف حقها زيلعي وتماضر بنت اصبغ بن عمرو الكلبي التي طلقها عبد الرحمن في مرض موته ثلاثا ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان وكانت مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفا في رواية هي دراهم وفي رواية هي دنانير شيخنا عن كمال باشا وتماضر بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة قدم بها المدينة فولدت اباسلمة في سريته الى دومة الجندل في شعبان سنة ست شيخنا عن المواهب قال والضمير في سريته لعبد الرحمن بن عوف ودومة بضم الدال وفتحها مدينة بينها وبين دمشق نحو عشر مراحل و بعدها من المدينة نحو ثلاث عشرة مرحلة سميت بدومي بن اسماعيل لانه كان نزلها عليه السلام واصبغ هذا من المخضرمين ادرك الجاهلية والاسلام ولم يجتمع به عليه السلام اسلم على يد سيدنا عبد الرحمن بن عوف وقوله روى ان ذلك كان نصف حقها فعلى كون بدل الصلح ثمانين ألفا وانها نصف حقها يكون جميع ماله المتروك رضي الله عنه خمسة آلاف ألف ألف ومائة وعشرين ألفا ويكون ثمنه ستمائة ألف واربعين الفا وربع الثمن مائة ألف وستون الفا ونصف ربع الثمن ثمانون الفا (قوله ويعتبر القبض في المجلس) لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا غير مانع لابد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن زيلعي وقوله وهذا يشير الى أن العلم به أي بكل التركة فيقابل ماذكره قبله من قوله ولا يشترط أن تكون اعيان التركة معلومة لعدم الحاجة فيه الى التسليم الى هذا أشار شيخنا وذكر الزيلعي ان عدم اشتراط العلم باعيان التركة هو الصحيح (قوله مالم يكن المعطى اكثر) بفتح الطاء على صيغة اسم المفعول والمراد بدل الصلح عزمي زاده (قوله والزيادة بحقه في بقية التركة) لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا زيلعي وانما تعذر الحمل على الابراء لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان شيخنا عن النهاية (قوله أو لا يعلم قدر نصيبه الخ) الصحيح ان الشك ان كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح وان علم وجود ذلك في التركة لكن لا يعلم ان بدل الصلح أقل من حظه او اكثر أومثله فسد بحر عن فتاوى قاضيخان (قوله فسد الصلح) وجه الفساد فيما اذا أعطوه قدر حقه أواقل كون العوض أو العروض و بعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض

فلا يعتبر التساوي في القدر ويعتبر (وعن تعذين) القبض في المجلس (أي باعطاء النقدين) أي باحد النقدين مطلقا وغيرهما (لا) أي لايجوز من حظه منه أحدهما (مالم يكن المعطى اكثر) (مالم يكن المعطى أكثر من نصيبه أي من جنس المعطى ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه في بقية التركة ولو كان ما اعطوه أقل اومساويا لنصيبه اولا يعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح

يكون

فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير كونه مساويا له أو اقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار زيلعى بخلاف الصحة فانها من جانب واحد وهو ما اذا كان المأخوذ اكثر من نصيبه فكانت العبرة لجانب الفساد لكونه من وجهين (قوله ولا بد من التقابض الخ) لكونه صرفا زيلعى (قوله قال الحاكم) أى الشهيد زيلعى (قوله وأما فى حال المناكرة فالصلح جائز) بان انكر واو راثته ووجه الجواز ان فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى زيلعى وقوله لا يكون بدلا يعنى وانما هو لقطع المنازعة وافتداء يمينه به والمراد نفى البدلية المتمحضة فقوله لا يكون بدلا أى محضا فلا ينافى كونه بدلا فى زعم الآخذ باعتبار زعمه شيخنا (قوله وقيل انه باطل فى الوجهين) القائل شيخ الاسلام ووجهه أنه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا حموى عن الغاية واعلم أن تقييد المصنف بقوله باحد النقدين للاحتراز عما لو كان بدل الصلح نقدين أو عرضا حيث يجوز الصلح فى الصور كلها قليلا كان بدل الصلح أو كثيرا اما فى العرض فلعدم الربا وأما فى النقدين فلانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس ولكن يشترط القبض فى المجلس لكونه صرفا بخلاف العرض حيث يجوز الصلح عليه وان لم يقبض زيلعى (قوله بطل الصلح مطلقا) لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة ولا فرق عند الامام بين أن يبين حصة الدين أو لم يبين زيلعى قال وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية انتهى ومنه يعلم ان ما ذكره الشارح من قوله فى الدين والعين ليس تفسيرا لقوله مطلقا كما توهم بل تفسيره ما سبق من قول الزيلعى سواء بين حصة الدين أو لم يبين وانما بطل تمليك الدين من غير من عليه الدين ولو بعوض كما فى الدرر لكونه وصفا لا يرد عليه قبض وأما ممن عليه الدين فوجه الصحة انه اما اسقاط او استيفاء بطريق المقاصة (قوله والعين) العين تعم العرض والعقار والنقود الحاضرة شيخنا عن عزمى زاده (قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا الخ) ليس على اطلاقه لما سبق عن الزيلعى من أنه ينبغى ان يجوز عندهما فى غير الدين اذا بينت حصته (قوله وقيل هو قول الكل) فيه اشكال لان قياس مذهبهما فى الجمع بين الحر والعبد والشاة الذكية والميتة حيث جوز العقد فى العبد والذكية اذا بين ثمن كل منهما أن يجوز الصلح عندهما أيضا فى غير الدين اذا بينت حصته اللهم الا أن يحمل هذا على ما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما أو يفرق عندهما بين البيع والصلح والظاهر أنه لم يرد نص فى الصلح عنهما ولهذا ذكره الزيلعى بلفظ ينبغى قياسا على البيع وكذا قول الشارح قيل هذا قول أبى حنيفة وقيل هو قول الكل ظاهر فى عدم ورود نص عنهما فلهذا اختلف المشايخ فيه (قوله صح الصلح) لانه اسقاط او تمليك للدين ممن هو عليه وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين قال فى الهداية وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وليس عليهم فى هذه الصورة ضرر لانه وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الاضرر التقديم فان العين خير من الدين وأوجه منه أن يبيعوه كذا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شئ ليقتضوه له ثم يأخذوه لانفسهم وأقول فى قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة نظر اذ الوجه الاول لا ضرر فيه عليهم انما الضرر على المصالح الذى أخرجوه على شرط ان يبرأ الغرماء من نصيبه فى الدين فالوجه حذف بقية والاقتصار على قوله وفى الوجهين ضرر بالورثة كما هو الواقع فى خط الحموى فيصدق حينئذ بما اذا كان الضرر على المصالح بالنسبة للوجه الاول أو على بقية الورثة بالنسبة للوجه الثانى (تتمة) اختلفوا فى صحة صلح عن

ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة قال الحاكم انما يبطل الصلح على مثل نصيبه أو اقل من مال الربا فى حال التصادق وأما فى حال المناكرة فالصلح جائز وقيل انه باطل فى الوجهين (ولو فى التركة دين على الناس فأخرجوه) أى ارثه كان فى التركة دين على الناس فصالحوه على ان يخرجوا المصالح عن الدين (بطل) الصلح (اى يكون الدين والعين) قيل هذا مطلقا اى فى الدين والعين وعندهما قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل (وان شرطوا) أى الورثة فى هذه المسئلة (ان يبرأ الغرماء منه) أى من نصيب المصالح من الدين (صح) الصلح (ولو على الميت دين محيط) أى مستغرق جميع التركة بان لا يبقى شئ بعد ادائه

تركة مجهولة اعيانها ولا دين فيها على مكيل أو موزون والصحيح الصحة لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن الكمال ان في التركة جنس بدل الصلح لم يجز والا جاز وان لم يدر فعلى الاختلاف تنوير وشرحه (قوله بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة يعني الا أن يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يؤدوا دينه من مال آخر بحر (قوله لا ينبغي الخ) يعني الاولى ان لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين بحر (قوله ولو فعلوا قالوا يجوز الصلح) ويرفعون منها قدر الدين حتى لا يحتاجوا الى نقض القسمة بحر (قوله لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) موافق لما في العيني ويخالفه ما في الزيلعي ونصه وان لم يكن مستغرقا جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن قليل دين فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدى الى الحرج أو الى أن لا يملكوا أصلا الخ وما في الدر المختار موافق لما في الزيلعي (تتمة) الموصى له بمبلغ من التركة كوارث فيما قدمناه من مسئلة التخارج صالحوا أحدهم ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلمها هل يكون ذلك داخلا في الصلح قولان أشهرهما لا وفي البزازية انه الاصح ولا يبطل الصلح كل صلح بعد صلح فالثاني باطل تنوير وشرحه (خاتمة) ادعى مالا أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعى يجوز الشراء ويقوم مقام المدعى في الدعوى فان جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع والصلح عن دعوى فاسدة يصح لا باطلة والفاسدة ما يمكن تصحيحها والصلح عن دعوى حق شرب أو شفعة أو وضع جذع ونحوه يجوز على الاصح والاصل أنه متى توجهت عين نحو شخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز بحر عن المجتبى قال ولو قال المدعى عليه ان حلفت انها لك دفعتها حلف المدعى ودفع المدعى عليه الدراهم ان كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد الخ وفيه عن مجموع النوازل وقع بين امرأة وزوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للصلح فقالت لا أصالحه حتى يعطيني خمس دراهم هل يحل لها ذلك لان لها عليه حقا من المهر وغيره انتهى قال الحموي نقلا عن المقدسي قلت هذه دعوى لا دليل عليها فقد يكون لا شئ لها وتطلب ذلك اهـ وأقول ما ذكره في مجموع النوازل من أنه يحل لها الاخذ مفروض فيما اذا وافقها الزوج بان اعطاها ما طلبت بطريق الصلح وحينئذ لا يتوقف حل الاخذ على ان يكون لها عليه شئ اذ ليس هذا بادنى مما سبق التصريح به من ان الصلح يجوز ولو عن انكار وقدمنا عن الزيلعي التصريح بانه يحل للمدعى اخذه لانه في زعمه عين حقه او بدله وان كان المدعى عليه يزعم انه لا شئ عليه ومع هذا حل له الدفع ايضا دفعا للشر عن نفسه وحينئذ فقوله لان لها عليه حقا من المهر وغيره انما ذكره تحسينا للظن بها لا لانه شرط لجواز الصلح

(كتاب المضاربه)

(قوله هي كالمصالحة الخ) فيه تأمل لان الصلح اذا كان عن مال باقرار يكون بيعا والبيع يقتضي وجود المبادلة من الجانبين حموي واجاب شيخنا بانه يكفي في بيان وجه المناسبة اشتراك المضاربة والصلح في الوجود الصوري وباعتباره يكون قاصرا على المصالح عليه ولا شك ان وجوده من جانب واحد كرأس مال المضاربة واما اعتبار الصلح عن مال باقرار بيعا فبالنظر الى المعنى كما لا يخفى اهـ (قوله من ضرب في الارض الخ) وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله زيلعي (قوله وعمل من جانب) بجر عمل عطفا على المجرور من قوله بمال (قوله والمراد الشركة في الربح) فلو شرطا الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما سيأتي وقيل هي عقد على الشركة في الربح بمال من أحدهما وعمل من الآخر وهو معنى ما ذكره الشيخ

(بطل الصلح والقسمة) وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا مالم يعطوا دينه ولو فعلوا قالوا يجوز الصلح وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله أعلم

(كتاب المضاربه)

هي كالمصالحة من حيث انها تقتضي وجود البدل من جانب واحد ثم هي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها وفي الشرع (هي شركة بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب والمراد الشركة في الربح)

عيني (قوله والمضارب أمين) هذا بيان حكمها لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة عيني احترز بقوله لا على وجه البدل عن المقبوض على سوم الشراء وبقوله والوثيقة عن المقبوض بحكم الرهن كما في الدرر وركنها الايجاب والقبول وسيأتي الكلام على الشروط (قوله قبل التصرف) قيد به لانه بعد التصرف يكون وكيلا كما سيذكره المصنف (قوله وبالتصرف فيه وكيل) لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله فهو شريك له في الربح) لانه حصل بالمال والعمل (قوله حتى يستوجب اجر المثل) كالاجارة الفاسدة مطلقا سواء ربح اولا بلا زيادة على المشروط كالاجارة الفاسدة ولا ضمان فيها كالصحيحة لانه أمين فلا يكون ضمينا درر وقوله بلا زيادة على المشروط هو مذهب أبي يوسف وعند محمد والثلاثة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ واستثنى في الاشباه من لزوم اجر المثل في المضاربة الفاسدة ما اذا أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة فاسدة كشرطه لنفسه عشرة دراهم فلا شيء له في مال اليتيم اذا عمل وجرى عليه في التنوير وظاهره ان للوصي ان يضارب في مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعي فيه اظهر وأفاد الزيلعي أيضا ان للوصي دفع المال الى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه (قوله فهو غاصب ضامن) والربح للمضارب لكنه غير طيب شيخنا عن القهستاني (قوله وان اجاز بعد ذلك) واصل بما قبله لبطلانها بالخلاف والباطل لا تلحقه الاجازة (قوله فالحيلة الخ) فيه تأمل حموي قال شيخنا وجهه ان العمل في هذه الصورة من جانب المستقرض وهو رب المال وليس في هذه الصورة مضارب يكون ماله مضمونا عليه بحكمها السبق ضمان ما لها بجهة القرض على عقدها انتهى (قوله ان يقرض المال الخ) ومن حيل الضمان ان يقرضه المال الا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على ان يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فان هلك فالقرض عليه درر (قوله ويشهد عليه) فلو لم يشهد وهلك المال يهلك على رب المال ويكون القول للمضارب بيمينه على عدم القرض (قوله وباشتراط كل الربح له مستقرض) لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر فاذا شرط ان يكون جميع الربح له فقد ملك جميع رأس المال فلا يكون هذا الا بطريق القرض عيني (قوله مستبضع) أي طالب بضاعة لانه لم يطلب لعمله بدلا فكان متبرعا فهذا معنى البضاعة فكأنه نص عليها عيني (قوله وانما تصح المضاربة بما تصح به الشركة) لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها امانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شركة في الربح فحصل ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض زيلعي ومن الشروط كونه عينا الا دينا لان المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين فلو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز درر ويكون الربح للعامل ولا شيء لرب الدين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الربح لرب الدين ويبرأ المضارب عن الدين عزمي زاده عن الخانية ووجه الجواز فيما اذا كان الدين على غير المضارب انه أضاف المضاربة الى زمان القبض والدين فيه يصير عينا درر بخلاف ما عليه من الدين اذ لا يصلح رأس المال لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عند المضارب حموي ومن الشروط كون رأس المال معلوما تسمية أو اشارة ويكون القول في قدره وصفته للمضارب مع يمينه والبينة للمالك ومن الشروط كون نصيب المضارب من الربح معلوما عند العقد درر فلو شرط له من رأس المال او منه ومن الربح فسدت درر وانما لم أذكر في الشروط كون رأس المال مسلما الى المضارب وكون الربح بينهما شائعا لانه مستغنى عنه لتصريح المصنف به (قوله من الدراهم والدنانير) وأما التبر فان كان في موضع يروج كالاثمان يجوز والا فلا بحر (قوله وعند محمد بهما وبالفلوس الرائجة) فيه مخالفة لما في القهستاني عن الكبرى ونصه في المضاربة بالتبر روايتان وعن الشيخين انها تصح بالفلس

(والمضارب أمين) بعد القبض قبل
التصرف (وبالتصرف) فيه (وكيل)
وبالربح) أي اذا ربح فهو (شريك)
له في الربح (وبالفساد اجير) حتى
يستوجب اجر المثل (وبالخلاف) أي
اذا خالف المضارب رب المال فيما
فوضه اليه (فهو غاصب) ضامن
وان أجاز بعد ذلك حتى ان اشترى
ما نهى عنه ثم باعه وتصرف ثم أجاز
رب المال فانه لا أثر لاجازته خلافا
لمالك ولو أراد رب المال ان يجعله
مضمونا على المضارب فالحيلة أن يقرض
المال من المضارب ويشهد عليه
شهودا ثم يأخذه منه مضاربة بالثلث
ثم يدفع الى المستقرض يستعين به
في العمل حتى لو هلك في يده هلك
كالقرض عليه واذا ربح ولم يهلك
فالربح بينهما على ما شرطا كذا
في الاصل (وباشتراط كل الربح له)
أي للمضارب (مستقرض وباشتراطه)
أي كل الربح (لرب المال مستبضع وانما
تصح) المضاربة (بما تصح به الشركة)
من الدراهم والدنانير عندهما وعند
محمد بهما وبالفلوس الرائجة ولو دفع
اليه عرضا وقال له بعه

وعند محمد لا تصح وعليه الفتوى اهـ قوله واعمل مضاربة في ثمنه الخ) بخلاف ما اذا دفع اليه العرض على ان تكون قيمته رأس المال حيث لا يصح لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لاحتمال ازدياد القيمة كما سبق ولو قال اشتر لي عبدا نسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع او مستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف درعن المجتبى (قوله فباع بدراهم أو بدنانير فتصرف صح) وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع زيلعي (قوله تفسد) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح الا هذا القدر عيني (قوله فله اجر مثله) لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المشروط للفساد والربح لرب المال لانه نماء ملكه حموي (قوله لا يجاوز عن المشروط) لرضاه به هذا ظاهر اذا كان المسمى معلوما وهو هنا مجهول لو لم يوجد ربح لا يقال رضي بالعشرة الزائدة لانه لم يرض بها الا مع نصف الربح وهو معدوم فالمسمى غير معلوم فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ وقد يجاب بان هذا العقد لما كان فاسدا كان ما سمي فيه محظورا فقطع النظر عما هو موجب المضاربة وعول على ما عين معه على انه اجر مثل في اجارة لا موجب مضاربة ولهذا قالوا هذه اجارة في صورة مضاربة حموي عن المقدسي قلت ما بحثه المقدسي صرح به القهستاني معزيا للفصولين ونصه بعد ان حكى الخلاف عن الصاحبين في ان اجر المثل هل يجب بالغا ما بلغ اولا يجاوز به المشروط قال والخلاف فيما اذا ربح واما اذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقديره الخ وحينئذ لا حاجة الى تكلف الجواب ولا ينافي كلام القهستاني ما سيأتي في الشارح من قوله وعن أبي يوسف ان لم يربح فلا أجر له لانه ذكره بلفظ عن فلا ينافي كون المذهب عنده استحقاق الاجر بالغا ما بلغ بقي ان يقال ظاهر كلام المقدسي ان المسمى للمضارب من الربح اذا كان جزءا شائعا كالنصف يقال انه معلوم وهو مخالف لما في الشمني حيث قال فان كان المسمى معلوما لا يزاد عليه وان كان مجهولا كدابة أو ثوب يجب بالغا ما بلغ وان كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه مجهول اذ يكثر بكثرة ما يحصل وينقص بقلته وعندهما لا يزاد على المسمى لانه معلوم من جملة ما يحصل بعمله اهـ (قوله لا يجاوز الاجر عن القدر المشروط) وهو المختار شيخنا عن القهستاني (قوله وان لم يربح في رواية الاصل) لان اجرة الاجير تجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد زيلعي (قوله وعن أبي يوسف انه اذا لم يربح فلا اجر له) وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة شيخنا عن ابن العز على الهداية ولا ضمان في المضاربة الفاسدة كالصحيحة لانه أمين فلا يكون ضمينا درر وقال الطحاوي انه لا يضمن عنده خلافا لهما قال القهستاني والاصح انه لا يضمن عند الكل كما في العمادي ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب والاصل ان القول لمدعي الصحة في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما في الاشباه فيه اشتباه تنوير وشرحه (قوله وكل شرط يوجب الجهالة في الربح) او قطع الشركة يفسده وما لا فلا زيلعي وغيره قال الاكمل شرط العمل على رب المال يفسدها وليس بواحد منهما فلم يطرد والجواب ان الفساد يراد به ما يشمل عدم وجود المضاربة اذ شرط العمل على رب المال يخرج العقد عن المضاربة اذ حقيقة المضاربة ان يكون العمل فيها من طرف المضارب فكان هذا من قبيل سلب الشئ عن المعدوم لا يجوز ان تقول زيد المعدوم ليس ببصير حموي عن المقدسي (قوله أي عقد المضاربة) اشار به الى الجواب عما عساه يقال كان الظاهر تأنيث الضمير لتأنيث المرجع (قوله نحو ان يشترط على المضارب الخ) يحترز به عما قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على ان الربح بينهما نصفين وعلى ان يدفع اليه رب المال ارضه يزرعها سنة أو على ان

يسكنه

واعمل مضاربة في ثمنه فباع بدراهم أو بدنانير فتصرف صح (ويكون الربح بينهما مشاعا فان شرط لاحدهما زيادة عشرة) من الربح (تفسد المضاربة (فله اجر مثله) على ماشرطا (لكن لا يجاوز) الاجر عن القدر (المشروط) عند أبي يوسف وعند محمد يجاوز ويبلغ بالغا ما بلغ (و) يجب الاجر في المضاربة الفاسدة وان لم يربح في رواية الاصل وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يربح فلا أجر له (وكل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسده) أي عقد المضاربة وذلك نحو ان يشترطا على المضارب ان يسكن رب المال داره أو أرضه سنة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح

يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا لا تقتضيه ولم يفسدها لانه لا يوجب جهالة نصيبه من الربح ولا قطع الشركة فيه وهذا هو معنى ما سيأتي من قوله والا لا أي وان لم يوجب الشرط الخ شيخنا (قوله وكذلك لو ردد في الربح الخ) كما لو قال لك نصف الربح او ثلثه أو ربعه يعني ذكر مجموع الثلاثة بطريق الترديد لاقتضاء الترديد جهالة الربح درر وعزمي زاده (قوله كشرط الوضيعة) أي الخسران لانها جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال وانما لا يفسدها لكونه شرطا زائدا لا يوجب الجهالة ولا قطع الشركة (قوله ويدفع المال الخ) عطف على ويكون الربح بينهما أي من شرط صحة المضاربة ان يدفع المال الى المضارب ليتمكن من الاسترباح ولانها في معنى الاجارة والمال محل فيجب تسليمه ليعمل بخلاف الشركة لانعقادها على العمل منهما وسواء عقدها المالك أو غيره كولي صغير وكذا لو دفع أحد الشريكين بشرط عمل الآخر ولو بشرط عمل عاقد غير مالك فان لم يكن أهلا للمضاربة فيه تفسد كمأذون دفع بشرط عمل نفسه أو مولاه ولا دين عليه ولو مديونا صح عند أبي حنيفة ولو دفع مكاتب بشرط عمل مولاه صح مطلقا حموي وقوله وكذا لو دفع أحد الشريكين الخ أي دفع المال مضاربة بشرط ان يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فتمنع يده من تسليمه الى المضارب كما في الزيلعي واعلم ان عدم الجواز مقيد بما اذا كان المال من شركتهما كما يشير اليه تعليل الزيلعي بقوله لان للشريك فيه ملكا والا فهي جائزة كما في البحر (قوله ويبيع بنقد ونسيئة) اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار زيلعي واحترز بالمعتاد عما لم يعهد كالبيع الى عشرين سنة كما في الدرر وفي الدراية انه يملك البيع ولو فاسدا ولم يرد به جواز مباشرة البيع الفاسد بل أشار به الى انه بالبيع فاسدا لا يكون مخالفا فلا يكون غاصبا فلا يخرج من ان يكون المال في يده امانة (قوله ويسافر) برا وبحرا في الروايات الظاهرة عن الامام كما في الخانية وفي الظهيرية له السفر بمال المضاربة مطلقا على الاصح الا ان ينهاه نصا حموي (قوله وعن أبي يوسف الخ) خلاف الظاهر وكذا ما سيأتي من التفصيل خلاف الظاهر أيضا قال في البحر ويسافر برا وبحرا ولو دفع اليه في بلده على الظاهر انتهى والكلام في المضاربة المطلقة التي لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (قوله ويبضع) أي يدفع المال بضاعة ولو لرب المال ولا تبطل به المضاربة درر وقول العيني ويكون الربح للعامل صوابه ولا يكون أو يحمل العامل على المضارب الذي وجد منه الابضاع وان لم يعمل بالفعل كذا ذكره الشيخ شاهين وليس المراد بالربح الذي يكون للمضارب في كلام الشيخ شاهين دون رب المال اذا دفع اليه المال بضاعة أصل الربح بل ما يخصه منه فتنبه (قوله ويودع) المال وكذا له ان يرهن ويرتهن ويستأجر ويحتال بالثمن مطلقا على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار درر (قوله وعن أبي يوسف الخ) لانه من باب الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق على ضعف القيمة درر (قوله يزوج الامة) وكذا المأذون عبدا كان أو صبيا على هذا الاختلاف وكذا الشريك شركة عنان وأما الاب والوصي فيملكان تزويج أمة الصغير بالاتفاق وكذا أحد المفاوضين له ذلك اتفاقا كذا في الهداية من كتاب المكاتب وما في الهداية من كتاب المأذون من ان الاب والوصي على هذا الخلاف رده الاتقاني فليراجع (قوله ولا يضارب) لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يوكل الا اذا قال له اعمل برأيك فله ان يوكل غيره ولا يملك ان يقول للثاني اعمل برأيك فلم يكن له ان يوكل قيل ما ذكر في احداهما رواية في الاخرى وقيل فرق بينهما وهو الظاهر كما في المحيط بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لانهما يتصرفان بحكم المالكية وكلامنا في التصرف نيابة والمضارب يعمل بطريق النيابة والمستعير ملك المنفعة والمكاتب صارت له يد حموي وكذا الاذن للعبد يتضمن مثله كالكتابة لانه

وكذلك لو ردد في الربح أيضا يفسد عقد المضاربة (والا) أي وان لم يوجب الشرط جهالة الربح (لا) يفسد العقد (و) لكن (يبطل الشرط كشرط الوضيعة) أي الخسران (على المضارب) أو عليهما (ويدفع المال الى المضارب ويبيع) المضارب (بنقد ونسيئة ويشترى) المضارب (ويوكل) المضارب أحد البيع والشراء (ويسافر) المضارب مطلقا وعن أبي يوسف انه ليس له ان يسافر بلا اذنه وعنه عن أبي حنيفة رحمه الله ان دفع المال اليه في مصر وهو من أهل ذلك المصر ليس له ان يسافر به وان دفع المال اليه في غير مصره فله أن يسافر به الى بلده (ويبضع) أي يعطي المال بضاعة للتجارة (ويودع ولا يزوج) (عبدا المضارب من مال المضاربة ولا أمة) وعن أبي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة (ولا يضارب) المضارب (الا باذن) من رب المال (أو باعمل) أي الا أن يقول رب المال اعمل برأيك

يتصرف بحكم المالكية اذ هو فك الحجر زيلعى بخلاف الاستقراض والاستدانة حيث لا يملكها وان قيل له اعمل برأيك لانهما ليسا من صنيع التجار فلا يدخلان فى التعميم مالم ينص عليهما تنوير وشرحه وكذا ليس له الشركة ولا خلط مال المضاربة بماله أو مال غيره الا ان يقول له اعمل برأيك بحر لان الشركة والخلط من صنيع التجار فيدخلان تحت قوله اعمل برأيك (قوله ولم يتعد الخ) شروع فى المضاربة الخاصة (قوله عما عينه من بلد الخ) لان المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد مالم يصر المال عروضا لانه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجى • قيدنا بالمفيد لان غير المفيد لا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد فى الجملة كسوق من مصر فان صرح بالنهى صح والا لا در وقوله كنهيه عن بيع الحال يعنى عند عدم اختلاف السعر كما فى شرح العينى (قوله فاشترى) ليس الشراء شرطا فى تحقق الغصب كما يستفاد من كلام الزيلعى ونصه ولو عين له بلدا وأخرجه الى غير البلد أو دفعه بضاعة لمن يخرجه ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان ما اشتراه له كمن اشترى شيئا ونقد الثمن من المغصوب انتهى (قوله حتى رده الخ) فلو هلك قبل رده الى البلد كان ضامنا لانه لا يعود الى الوفاق الا برده الى البلد التى أذن فى المبيع بها كذا بخط شيخنا (قوله برئ من الضمان) كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم رجع الى الوفاق عينى وكذا لو عاد فى البعض اعتبارا للجزء بالكل در فان قيل اذا زال العقد بالتعدى احتيج الى تجديده قلنا فى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه فمن قال رجعت المضاربة بناه على مشارفة الزوال وفى رواية المبسوط زوالها موقوف قال فى الهداية والصحيح انه بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه حموى فعلى رواية المبسوط لا اشكال لان زوال المضاربة بالاخراج يتوقف على الشراء (قوله لا يصح التقييد) لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه الا ان صرح بالنهى لاحتمال الافادة لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما فان المودع لو شرط عليه الحفظ بمحلة ليس له ان يحفظ فى أخرى بخلاف اختلاف السعر لو قيد به فزاد لانه الى خير بيقين كمن وكل شخصا ببيع عبد بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه بألفين فانه يجوز لما قلنا حموى وعينى (قوله على ان تشترى بها الطعام) كان الظاهر تذكير الضمير لعوده على المال (قوله على ان يشترى من أهل الكوفة الخ) كذا لو قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق أو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف وانما يكون ظرفا اذا حصل الفعل فيه أو قال على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به بخلاف ما لو قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة حيث كان له ان يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة زيلعى (قوله جاز) لان المقصود من هذا الكلام التقييد بالمكان أو بالنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة فى الاول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ولا يجوز له ان يعمل فى غير الصرف فى الثانى ويشترى ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤه زيلعى (قوله ولم يشتر من يعتق) مطلقا سواء ظهر ربح أم لا بدليل جعل الشارح قول المصنف ان ظهر ربح قيدا فى شراء من يعتق على المضارب (قوله بقرابة) لكونه مخالفا للمقصود بخلاف الوكيل حيث يجوز له ان يشترى من يعتق على الموكل لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد فى الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لى عبدا أبيعه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمن لانه نقد الثمن من مال المضاربة وعند مالك لو كان عالما موسرا ضمن والا فلا كذا ذكره العينى ومقتضاه الضمان عندنا مطلقا سواء كان عالما موسرا أولا (قوله أو يمين) بان قال ان ملكته فهو حر (قوله ان ظهر ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد

ولم يتعد) أى لم يجاوز المضارب (عما عينه من بلد) وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة فان خرج المضارب الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه وعليه وضيعته وان لم يشتر حتى رده الى البلد الذى عينه برئ من الضمان وانما قيد بالبلد لانه لو قال له على ان تشترى فى السوق لا يصح التقييد به وله أن يعمل به فى غير السوق فى المصر استحسانا (و) لم يتعد (عما عينه (من سلعة) بأن قال له خذ هذا المال مضاربة على ان تشترى بها الطعام (ووقت) بأن وقت للمضاربة وقتا بعينه (ومعامل) كما فى الشركة) أى لم يتجاوز عما عينه من هذه الاشياء كما لا يتعدى احد الشريكين فى الشركة المقيدة مع شئ فيها والمراد بالمعامل معامل معين لانه لو قال على ان تشترى من اهل الكوفة أو قال على ان تعمل فى الصرف وتشترى فى الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من رجل ليس من اهل الكوفة او من غير الصيارفة جاز (ولم يشتر من يعتق) بقرابة او يمين (على المالك او عليه) اى على المضارب (ان ظهر ربح)

بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي مضى وهذا أولى من عطف الشارح قوله و يعتق نصيبه على قول المصنف ضمن كما لا يخفى كذا بخط شيخنا ووجه الاولوية ان عتق نصيب المضارب خاص بما اذا ظهر ربح فلا يناسب عطفه على قول المصنف وضمن لان الضمان لا يخص هذه الصورة بل يعم الصورتين كما ذكره هو ولم أر ان الضمان في الصورتين هل هو على نمط واحد فيضمن جميع ثمنه أو يفرق بينهما والذي يظهر التفرقة بينهما ففي الوجه الاول يضمن جميع الثمن اذ ليس له فيه نصيب لعدم ظهور الربح بخلاف الوجه الثاني حيث يسقط عنه من ثمنه بحسب ما يخصه فيما ظهر فيه من الربح هذا ما ظهر لي وكأنهم اغا تركوا التنبيه عليه لظهوره والمراد من ظهور الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح اولم يكن حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه وأما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر في الجملة حتى لو أعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا أو معسرا كذا في الفتاوى الظهيرية وان لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه بحر (قوله متعلق بقوله أو عليه) لان عتق قريب رب المال أو من حلف بعتقه لا يتوقف على ظهور الربح (قوله وضمن الخ) ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الاب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد والمأذون اذا اشترى من يعتق على المولى فانه يصح و يعتق عليه ان لم يكن مستغرقا بالدين والا لا وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل في ملك المولى أم لا بحر مع زيلعي (قوله في الصورتين) يعني اذا اشترى من يعتق على رب المال وان لم يظهر ربح أو اشترى من يعتق عليه هو بشرط ظهور الربح واعلم ان ما مشى عليه الشارح حيث جعل قوله وضمن متعلقا بالصورتين أولى من حل العيني لاقتضائه ان قول المصنف وضمن مرتبط بالصورة الثانية فيلزم عليه سكوت المصنف عن بيان الضمان في الصورة الاولى وليس كذلك (قوله و يفسد نصيب رب المال عنده و يعتق عندهما) هذا بالنسبة للصورة الثانية والخلاف بين الامام وصاحبيه في نصيب رب المال فعند الامام يفسد ولا يعتق وعندهما يعتق أيضا كنصيب المضارب يبتني على الاختلاف بينهم في تجزئ الاعتاق عنده لا عندهما وأما الصورة الاولى وهي ما اذا اشترى المضارب من يعتق على رب المال و لم يظهر ربح فانه لا يعتق منه شئ أصلا لا على المضارب ولا على رب المال من غير خلاف أما عدم العتق على رب المال فلانه لم يثبت له الملك فيه لان المضارب صار مشتريا لنفسه وأما عدم العتق على المضارب فلعدم القرابة الا اذا كان قريبه أيضا وقد ظهر ربح فيعتق عليه حينئذ بقدر ما يخصه من الربح الذي ظهر (قوله صح ان يشتري من يعتق عليه) أي صح شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه عيني وهذا اذا اشترى بمثل القيمة أما اذا اشترى بأقل من قيمته فليس له ان يشتري من يعتق عليه حموي واليه يشير قول الشارح فان زادت قيمته بعد الشراء ووجهه ظاهر لان ما زاد عن ثمنه الى تمام القيمة يكون ربحا فيعتق منه بقدر ما يخصه فيه من الربح و يفسد نصيب رب المال أو يعتق أيضا على حسب اختلافهم فلا يتمكن حينئذ من بيعه للمضاربة (قوله فان زادت قيمته الخ) فلو كانت قيمته قدر رأس المال أو أقل لا يعتق حظه سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لانه اذا كانت قيمته قدر رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر قيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شئ لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمها الى آخر زيلعي (قوله ولم يضمن الخ) لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كالو ورثه مع غيره بأن اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخا

(وضمن) متعلق بقوله أو عليه (ان فعل) و يعتق في الصورتين و يفسد نصيب رب المال عليه نصيبه و يعتق عندهما (فان لم يظهر ربح) في المال (صح) ان يشتري من يعتق عليه (فان) زادت قيمته بعد الشراء حتى (ظهر الربح عتق حظه منه ولم يضمن) المضارب (لرب المال) شيئا

عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لاختيارها العدم الصنع منه درر (تتمة) شرى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا زيلعي عن الكافي (قوله وسعى العبد المعتق في قيمة نصيب رب المال معه) لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه عيني (قوله قيمتها ألف الخ) فلو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد وضمن المالك ألفا وربعه لو موسرا ولو معسرا فلا سعاية عليها لان أم الولد لا تسعى درعن البحر (قوله فوطئها المضارب) لو قال ووطئها أي والحال انه قد وطئها فيستفاد حينئذ كون الوطء سابقا على الشراء لكان أولى بان يحمل على ان البائع زوجها منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح بخلاف التعبير بالفاء فانه يفيد سبق الشراء على الوطء لكن لا تفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر فيه الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لان بعض مال المضاربة ليس بأولى من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه فأما الدعوة فاخبار فاذا ردفي حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره برد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق يثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير أصله وضع المنفعة على السفينة والقدح الاخير زيلعي ويوضحه ما في الكافي في باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحتمل الا مائة من فأوقع رجل فيها منا زائدا فغرقت كان الضمان كله عليه انتهى يعني لان الحكم يضاف الى الاخير وكذا حرمة الشرب تتعلق بالقدح الاخير لانه الذي حصل به الاسكار دون ما قبله لكن الفتوى على قول محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام (قوله فادعاه المضارب الخ) ولو ادعى رب المال انه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولده ولا يضمن للمضارب شيئا من عقر وقيمة بحر وهو ظاهر فيما اذا لم يظهر ربح في الامة وولدها وقت ان ادعاه رب المال فان ظهر الربح فيهما فعلى رب المال ما يخص المضارب في العقر وقيمتها فلو كان الربح ظهر في الامة وحدها فعليه ما يخصه في عقر الامة وقيمتها فقط ولو ظهر الربح في الولد وحده دون الامة ضمن رب المال ما يخص المضارب في قيمة الولد فقط فتأمل فاني لم أر من نبه على ذلك (قوله سعى الولد لرب المال في الف وربعه) وهو مائتان وخمسون لان الالف مستحق له برأس المال ومائتان وخمسون نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضاربة وصارت كلها ام ولد له ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بالاعسار واليسار ولا يتوقف على التعدي بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان الافساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر عيني (قوله او اعتقه رب المال) لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة عناية (قوله فيكون لرب المال الخيار) اى ان شاء المالك استسعى الغلام في الالف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه درر (قوله فان قبض رب المال الالف من الغلام الخ) وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أمة للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم

(وسعى) العبد (المعتق في قيمة نصيب رب المال معه) اى مع المضارب (الف) اخذها مضاربة (بالنصف واشترى بها أمة قيمتها الف) فوطئها المضارب (فولدت) الامة (ولدا يساوي) الولد (الفا فادعاه) المضارب حال كونه (موسرا فبلغت) بعد الدعوة (قيمته الفا وخمسمائة سعى) الولد (لرب المال في الف وربعه) وهو مائتان وخمسون (او اعتقه) رب المال (فيكون لرب المال الخيار) (فان قبض) رب المال (الالف من الغلام) بالاستسعاء وهو المال (ضمن المدعى) اى مدعى البنوة (نصف قيمتها) واعلم ان قوله موسر ليس بقيد لازم لانه لم يضمن في الولد مع انه ذكره وفي الام يضمن اذا كان معسرا موسر فلان لا يضمن اذا كان موسرا أولى

ولده فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان اولى بجعله من رأس المال لان رأس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما شئ من الربح الا بعد سلامة رأس المال لرب المال زيلعي

(باب المضارب يضارب)

لما قدم المفردة شرع في المركبة در (قوله وهو حال من المضارب او صفة له) او خبر منه وباب بترك التنوين لاضافته الى المضارب على الاولين والى الجملة على الثالث وتجوز التنوين على الثالث ويرد على تقدير الحالية ان الحال لا يجئ من المضاف اليه الا اذا كان المضاف جزأ من المضاف اليه او كجزء او عاملا في الحال وما هنا ليس كذلك (قوله لان المضارب بمنزلة النكرة) يشير الى القاعدة من ان الجمل والظروف بعد المعارف أحوال وبعد النكرات صفات وبعد المحتمل محتملة والمعرف بال الجنسية معرفة لفظا نكرة معنى فجاز في الجملة بعده الحالية نظرا للتعريف لفظ والوصفية نظرا لتنكيره معنى انتهى (قوله لم يضمن بمجرد الدفع) لان الدفع ايداع وهو يملكه عيني (قوله ما لم يعمل الثاني) اذ بالعمل تبين انه مضاربة وهو لا يملكها فيضمن الا اذا كانت الثانية فاسدة كما سيذكره الشارح فلا ضمان وان ربح بل للثاني اجر مثله على المضارب الاول وللاول الربح المشروط در (قوله وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة) حتى لو ضاع في يده قبل العمل لا ضمان على احد وكذا لو غصب من الثاني فالضمان على الغاصب فقط ولو استهلك الثاني المال اووهبه كان الضمان عليه دون الاول واذا عمل الثاني خير رب المال ان شاء ضمن رب المال الاول رأس ماله وان شاء ضمن الثاني وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك كذا في المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرطا وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الاول بحر (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) وهو قول الثلاثة ايضا لانه دفع ماله الى غيره بلا امره فيضمن عيني (قوله لا يضمن بالدفع حتى يربح) لان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع ولا بالتصرف لانه وكيل وانما يصير ضامنا بالخلافة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا الا ترى ان له ان يعمل كل واحد منهما على الانفراد لكن اذا ربح اثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما اذا خلطه بمال غيره زيلعي ووجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقامه في صيرورة المال مضمونا به درر (قوله حتى لو هلك المال قبل ظهور الربح الخ) تفريع على رواية الحسن وعلى ظاهر الرواية اذا هلك المال بعد العمل وجب الضمان ولو قبل ظهور الربح (قوله فاذا ربح ضمن الاول) كذا في القدوري ولم يتعرض للثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة ويضمن عندهما بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل يتخير رب المال في تضمين ايهما شاء قال في الهداية بالاجماع وهو المشهور ووجه الفرق ان المضارب الثاني قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة وان ضمن الثاني رجع على الاول وصحت المضاربة لان اقرار الضمان على الاول ويطيب الربح للثاني لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فيه ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا الى وقت التعدي فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق عيني وزيلعي وكذا لا يطيب الربح للاول ايضا لو ضمن كما في شرح المجمع شرنبلالية (قوله هذا اذا كانت المضاربة صحيحة) اطلقها كالهداية ليشمل الاولى والثانية وعبارة الزيلعي هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وعبارة الدرر كعبارة الشارح قال في الشرنبلالية ولا يخالف لانه لا تصح الا اذا صحت الاولى

(باب المضارب يضارب) وهو حال من المضارب أو صفة له لان المضارب بمنزلة النكرة واعلم ان المضارب لا علاقة له بالمضاربة الا باذن رب المال (فان ضارب المضارب بلا اذن) رب المال (لم يضمن) بمجرد الدفع (ما لم يعمل) المضارب (الثاني) مطلقا سواء ربح اولم يربح وهذا عندهما وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمهما الله وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يضمن بالدفع حتى يربح حتى لو هلك المال قبل ظهور الربح لا ضمان على احد فاذا ربح ضمن الاول رب المال هذا اذا كانت المضاربة صحيحة

(قوله فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثانى) لانه اجير فيه والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له بل له أجر مثله على المضارب الاوّل وللاوّل ماشرط له من الربح درر ويرجع به الاوّل على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الاوّل ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى اجرته اذا كانت المضاربة الاولى صحيحة والا فللمضارب الاوّل أجر مثله ولو دفع الثانى مضاربة الى ثالث وربح الثالث أو وضع فان قال الاوّل للثانى اعمل فيه برأيك فلرب المال ان يضمن أى الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثانى والثانى على الاوّل والاوّل لا يرجع على احد اذا ضمنه رب المال بحر (قوله لا يضمن الاوّل وان عمل الثانى) وكذا لا يضمن الثانى لانه ان كانت الثانية هى الفاسدة صار اجيرا على ما بينا وللاوّل ان يستأجر من يعمل وان كانت هى الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا وليس للاجير ان يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذلك اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له ان يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاوّل أن يستأجر بعد ما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر فى المضاربة الصحيحة فكذا فى الفاسدة أيضا زيلعى (قوله فللمالك النصف من الربح وللاوّل السدس الخ) لان الدفع الى الثانى صحيح لانه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وجعل الاوّل للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل عينى (قوله والباقى بين المالك والمضارب الاوّل نصفان) لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله المضارب الاوّل بينهما نصفين والمرزوق للاوّل هو الثلثان لان الثلث استحقه الثانى بشرط الاوّل وهو مأذون له فلم يكن من رزق الاوّل الا الثلثين فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا عينى (قوله فللثانى النصف واستويا فيما بقى) لان الاوّل شرط للثانى النصف وشرطه صحيح لانه باذن المالك واستويا فيما بقى وهو النصف لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاوّل ولم يربح الاوّل الا النصف والنصف الآخر صار للثانى بشرطه فلم يكن من ربح الاوّل عينى (قوله ولا شئ للاوّل) لان قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاوّل للثانى نصف جميع الربح ولم يبق للاوّل شئ عينى (قوله وضمن الاوّل للثانى السدس) لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاوّل لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق رب المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لانه غره فى ضمن عقد المضاربة عينى (قوله ولعبده ثلثه) شامل لما لو شرط للمكاتب بعض الربح فانه يصح وكذا لو كان المكاتب المضارب لكن بشرط ان يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب لا لمولاه وان لم يشترط عمله لا يجوز وعلى هذا غيره من الاجانب فتصح المضاربة ويكون لرب المال ويبطل الشرط والولد والمرأة كالاجانب بحر عن النهاية (قوله على ان يعمل) عمل العبد ليس بقيد للصحة اذ لو اشترط له الثلث ولم يشترط عمله صح ويكون لمولاه لكن فائدة اشتراط عمله تظهر فى أخذ غرمائه ماشرط له حينئذ والا فليس لهم بل للمولى قال الزيلعى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى الخ واستفيد منه انه اذا اشترط عمله فلم يعمل لم يكن للغرماء بل للمولى لانه حيث لم يعمل لم يكن من كسبه (قوله وثلثاه لرب المال) ان لم يكن على العبد دين سواء شرط فيها عمل العبد او لم يشترط زيلعى (قوله وان كان عليه دين فهو للغرماء) ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى كما سبق عن الزيلعى وكذا اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل او لم يشترط ان لم يكن عليه دين ويكون ما شرط له للمولى وان كان

فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثانى (فان دفع) الاول الى الثانى (باذن) رب المال المال (بالثلث) أى دفع بشرط الثلث (و) الحال انه (قيل له) اى للمضارب الاول (ما رزق الله بيننا نصفان) وقد تصرف الثانى وربح (فللمالك النصف) من الربح (وللاول السدس وللثانى الثلث ولو قيل له) أى للمضارب الاول (ما رزقك الله بيننا نصفان) والمسئلة بحالها (فللثانى ثلثه والباقى بين المالك والمضارب الاول نصفان) أى فيكون الربح اثلاثا (ولو قيل له) للمضارب الاول (ما ربحت بيننا نصفان ودفع) الاول الى الثانى (بالنصف فللثانى النصف واستويا) أى رب المال والاول (فيما بقى من النصف) فيكون الربع لرب المال والربع للاول ولو قيل له اى للاول (ما رزق الله فلى نصفه) او قيل (ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع) المضارب الاول (بالنصف فللمالك النصف وللثانى النصف ولا شئ للاول ولو شرط) المضارب الاول (للثانى ثلثيه) والمسئلة بحالها فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف (وضمن) المضارب (الاوّل) (للثانى السدس) من الربح من ماله (وان شرط) المضارب (للمالك ثلثه ولعبده) أى عبد رب المال (ثلثه على ان يعمل) عبد المالك (معه و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وتصرف وربح فكان ثلث الربح للمضارب وثلثاه لرب المال ان لم يكن على العبد دين وان كان عليه دين فهو للغرماء

عليه ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز و يكون ماشرط لرب المال عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون خلافا لهما ولو شرط بعض الربح لمكاتب احدهما ان شرط عمله جاز وكان المشروط له وان لم يشترط عمله لا يجوز وكذا الاجنبي كما في الزيلعي لكن في الدر عن القهستاني انه يصح مطلقا والمشروط للاجنبي ان شرط عمله والا فللمالك أيضا وعزاه للذخيرة ولو اشترط عمل مضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع المضارب الثاني تفسد لانه يمنع التخلية ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج أو في الرقاب أو لامرأة المضارب أو مكاتبه لم يصح ويكون لرب المال ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فان شاء المضارب لنفسه أو لرب المال صح الشرط وان شاء لاجنبي لم يصح ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب او دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر وتبعه في التنوير وشرحه وقوله ولو شرط بعض الربح للمساكين الخ عزاه في البحر الى المحيط وهو مخالف لما نقله شيخنا عن منية المفتي بعلامة الفتاوى السراجية حيث قال اشترط المضارب ثلث الربح لامرأته أو مكاتبه أو للمساكين أو في الرقاب أو في الحج جاز انتهى قال شيخنا ولعل في المسئلة قولين (قوله لا يصح ان لم يكن عليه دين) لانه اشترط العمل على المالك ففات به تسليمه وهو شرط (قوله صح عند أبي حنيفة) لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من اهل ان يعمل في مال المضاربة خلافا لهما زيلعي بخلاف المكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه لا تفسد مطلقا فان عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت ولو دفع المكاتب ماله الى مولاه يصح بحر عن المحيط (قوله بموت احدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا در عن القهستاني وفيه عن البزازية مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف ولو عروضا تبطل في حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد انتهى (قوله و بلحوق المالك مرتدا) لان اللحوق بمنزلة الموت والمراد بالمالك خصوص الرجل ولهذا قال في غاية البيان ولو كان رب المال امرأة فارتدت فهي بمنزلة المسلمة لانها لا تقتل فلم تنعقد الردة سبب التلف في حقها انتهى (قوله يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة الخ) وعندهما يجوز فلا يتوقف عزمي زاده عن شرح المجمع (قوله فالمضاربة على حالها عندهم) مخالف لما نقله الحموي عن الولوالجية وجه كون المضاربة على حالها ان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة ولا توقف في ملك رب المال لان توقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا تعلق لورثة المضارب بملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها الا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قولهما حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال زيلعي مع عناية (قوله ثم عاد مسلما جاز الخ) حكم بلحاقه ام لا عناية بخلاف الوكيل لانه لا حق له بخلاف المضارب تنوير وشرحه وليس المراد ان الوكيل ارتد ولحق ثم عاد مسلما كما يتوهم بل الموكل هو الذي ارتد ولحق ثم عاد مسلما بدليل ما في البحر حيث قال عاد رب المال بعد اللحوق مسلما فالمضارب على مضاربته بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب انتهى (قوله ان علم) لا فرق في اشتراط العلم بالعزل بين العزل الحكمي وغيره في المضاربة بخلاف الوكيل فانه ينعزل في الحكمي وان لم يعلم بحر وزيلعي (قوله وان علم المضارب بعزله والمال عروض الخ) والمراد بالعلم ما يستفاد من خبر رجلين مطلقا أو واحد عدل ان كان فضوليا والا فخبر مميز بحر والمراد بالعروض هنا خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير هنا جنسان در (قوله باعها) ولو نسيئة ولو نهاه عنها ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة ولا تخصيص الاذن لانه عزل من وجه بخلاف

هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة (بموت أحدهما) المضاربة (وتبطل) أي الحكم بلحوق (و بلحوق المالك) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) قيد باللحوق لان قبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله ان اسلم نفذ وان مات أو قتل على الارتداد بطل وقيد بالمالك لانه لو ارتد المضارب ولحق فالمضاربة على حالها عندهم ولو لحق المالك مرتدا ثم عاد مسلما جاز ما فعله مضاربه من البيع والشراء وتبقى المضاربة على ما شرط كذا في المبسوط (و ينعزل) المضارب (بقوله ان علم) المضارب بالعزل قيد به لانه لو لم يعلم به حتى اشترى وباع فتصرفه جائز (وان علم) المضارب بعزله (والمال عروض باعها)

أحد الشريكين اذا فسخها وما لها امتعة تنوير وشرحه (قوله ولا يمنعه العزل عن ذلك) أى لا يعزل عن بيعها الا ان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض زيلعى وعينى (قوله ثم لا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ففى القياس ليس له بيعه بجنس رأس المال لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه زيلعى (قوله أجبر) لانه كالاجير والربح كالاجرة (قوله والا لا يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع على انهاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم زيلعى ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما حذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة (قوله ويوكل المالك عليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة لا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل لئلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال لئلا يضيع حقه عينى (قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشترى باجر من غير ان يستأجر ولو استأجره بأجرة معلومة على ان يشترى او يبيع شيئا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة فى جوازه ان يستأجر يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدة عينى (قوله يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان فى المال ربح زيلعى (قوله فمن الربح) لانه تابع ورأس المال أصل فيصرف الهالك الى التابع كما فى العفو فى الزكاة عينى والقول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه ان يذكر الامر مفصلا والقول قوله فى الضياع والرد الى الشريك نهر فى الشركة (تتمة) هلك مال المضاربة قبل ان يشترى به شيئا بطلت وان استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضمينا وان استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة حموى عن الاقطع (قوله لم يضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله اولا بحر (قوله ترادا الربح) فيضمن المضارب ما أخذه على انه ربح لانه أخذه لنفسه بخلاف ما بقى فى يده لا يضمنه اذ لم يأخذه لنفسه حموى (قوله ليأخذ المالك رأس ماله) لان الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الاصل عينى (قوله فهو بينهما) لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله الا فى الربح عينى (قوله لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقسمان الربح ثم يرد رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة زيلعى لكن قوله وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب رأس المال الى رب المال يوهم انه شرط وليس كذلك حتى لو بقى المال بعد فسخ المضاربة فى يد المضارب والمسئلة بحالها لم يختلف الحكم قال فى الدر بعد قول التنوير وان قسم الربح وفسخت المضاربة والمال فى يد المضارب الخ ومثله فى حواشى عزمى زاده عن صدر الشريعة

(فصل) ما يملكه المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما كان معتادا بين التجار ونوع لا يملكه الا اذا قال اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط ونوع لا يملكه الا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقا والكتابة والاقراض والهبة والصدقة زيلعى وقوله والعتق مطلقا أى ولو بمال (قوله ولا

تفسد

ولا يمنعه العزل عن ذلك (ثم لا يتصرف) المضارب (فى ثمنها ولو افترقا) يعنى فسخا المضاربة (و) الحال انه (فى المال ديون وربح اجبر) أى الحاكم المضارب (على اقتضاء الديون) اقتضيت منه حقى اخذته (والا) أى وان لم يكن فى المال ربح (لا يلزمه الاقتضاء و) يوكل المالك عليه) أى على اقتضاء الديون من الغرماء (والسمسار) بالكسر الدلال فارسى معرب (يجبر على التقاضى) أى على اخذ ثمن المبيع (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) أى يهلك دون رأس المال (فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب وان قسم الربح) قبل استيفاء رأس المال كله (وبقيت المضاربة ثم هلك المال والمضارب أو بعضه ترادا) أى المالك والمضارب (الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل) من رأس ماله (فهو بينهما وان نقص) من رأس ماله بان كان الهالك اكثر من الربح (لم يضمن المضارب وان قسم الربح وفسخت المضاربة (ثم عقداها) أى رب المال والمضارب المضاربة ثانيا (فهلك المال) فى العقد الثانى (لم يترادا) الربح الاول فصل

تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) ليس المراد مايوهمه ظاهر العبارة من اختصاص المالك بالربح بل يقسم بينهما على ماشرطاه كما فى الشرنبلالية وسيأتى التصريح به فى الشارح ولهذا نقل الشلبى عن باكير مانصه وتفسير الابضاع الاستعانة لان يكون المال للمبضع انتهى والمراد بالمال فى قوله لان يكون المال للمبضع ماسيربحه المالك أى لا ان يكون الربح للمبضع وحده عملا بقضية البضاعة بل يكون بينهما على الشرط وحينئذ لا يرد ماذكره فى الدرر حيث قال فان قيل ينبغى ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك وقد اعتبر فى مفهومه الشركة فى الربح وشرط كونه مشاعا بينهما وكذا يسقط ماذكره جوابا عن هذا الاشكال حيث ذكر ان العقد اذا صح ابتداء باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل تخصيص أحدهما بالربح واعلم ان التقييد بدفع المال للاحتراز عما لو أخذه المالك بغير امر المضارب وباع واشترى فانها تبطل ان كان رأس المال نقدا لانه عامل لنفسه وان صار عروضا لا لان النقض الصريح حينئذ لا يعمل فهذا أولى ثم ان باع بعروض بقيت وان باع بنقد بطلت تنوير وشرحه (قوله فالربح بينهما) فيه دلالة ظاهرة على بطلان ماذكره فى الدرر جوابا عن اشكاله الذى قدذكرناه وعلى ان اشكاله غير وارد من اصله (قوله وقال زفر تفسد المضاربة) لان رب المال يتصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فى مال نفسه فيكون مستردا ولنا ان الواجب هو التخلية وقدتمت وصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبى فرب المال اولى بخلاف ما اذا اشترط عليه العمل ابتداء حيث لا يجوز لانه يمنع التخلية زيلعى والحاصل ان أخذه لا على وجه الفسخ لا يكون مبطلا لما كالرهن اذا استعاره الراهن لا يكون فسخا له وما فى الزيلعى والعينى من قوله اذا استعاره المرتهن سبق قلم (قوله لا تصح المضاربة الثانية) لانها تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى بحر عن الهداية اذا علمت هذا ظهر مافى عبارة الدرر من الايهام حيث قال ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة او مضاربة ولو قال كما فى التنوير لا مضاربة لكان اولى لايهامه جواز دفع المال اليه مضاربة كالبضاعة ولهذا قال فى العزمية أى لا تبطل المضاربة الاولى ومعناه عدم صحة المضاربة الثانية انتهى واعلم ان المنفى من قول التنوير لا مضاربة هو صحة المضاربة الثانية بقى ان يقال ماسبق من قوله ولا مال هنا وعزاه فى البحر الى الهداية أى ولا مال من جهة الدافع (قوله فان سافر الخ) هذا اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلطه باذن رب المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فطعامه الخ) وكذا فراش النوم بحر عن المحيط (قوله وركوبه) بفتح الراء مايركب بحر وجوز الشلبى ضم الراء على انه مصدر (قوله وغسل ثياب يلبسها) لان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيضلق له من ذلك بالمعروف حتى اذا زاد يضمن زيلعى ولما كان المعتبر عادة التجار كان له اكل الفاكهة وان لم يكن من النفقة وله الخضاب وأشار بقوله فطعامه الى انه يأكل ما كان معتاده بحر عن الخلاصة والتقييد بالمعتاد صريح فى المنع من غير المعتاد من الطعام وقوله ولما كان المعتبر عادة التجار الخ يشير الى ان التفكه مقيد بالمعتاد أيضا (قوله وأجرة اجير يخدمه) كذا كل من يعين المضارب على العمل ويخدم دوابه فنفقته فى مالها لا عبيد رب المال ودوابه فان نفقتهم فى مال ربها الشرنبلالية عن البزازية وليس له شراء جارية للوطء او للخدمة بحر عن الظهيرية (قوله والدهن) يجوز ان يراد به عين الدهن فتضم داله ويجوز فتحها على المعنى المصدرى ولو انفق من ماله ليرجع فى مالها فله ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك در (قوله فى مال المضاربة) لان النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضى والمرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكن الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة قيد بالمضارب لان الاجير والوكيل

ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) فالربح بينهما ولو دفع المال الى رب المال مضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لا تصح المضاربة الثانية ولا تفسد المضاربة الاولى ويكون الربح بينهما على ماشرطا عندنا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى (فان سافر) المضارب (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) مطلقا سواء كان كراء أو شراء وغسل ثياب يلبسها واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فى موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق (فى مال المضاربة)

والمستبضع لانفقة لهم مطلقا لان الاجير يستحق البدل لامحالة والوكيل والمستبضع متبرعان وكذا الشريك اذا سافر بمال الشركة لانفقة له لانه لم يجر التعارف به ذكره المصنف فى الكافى وصرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة وأطلق المضاربة فانصرفت الى الصحيحة لان المضارب فى الفاسدة أجير لانفقة له بحر (قوله مطلقا) يقابل هذا الاطلاق ماسيذكره الشارح عن الامام مالك أن كثير المال ينفق من مال المضاربة الخ (قوله وان عمل فى المصر) سواء ولد فيه او اتخذه دارا أما اذا نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة بحر عن شرح المجمع فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال مادام بالكوفة فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق من المال الى ان يأتى الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطله بالسفر الخ (قوله كالدواء) سواء كان فى السفر أو الحضر درر (قوله وعن أبى حنيفة ان الدواء فى مال المضاربة) لانه لاصلاح بدنه وكذلك النورة والدهن فى قولهما خلافا لمحمد فى الدهن ووجه الظاهر كما ذكره الزيلعى ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة انتهى أى كما لا يجب على الزوج ثمن أدوية الزوجة (قوله ولو كان خروجه دون السفر) أى الشرعى حموى (قوله وان كان بحيث لا يبيت فى أهله الخ) لانه بمنزلة السفر الشرعى حموى (تتمة) مافضل من الطعام وغيره فى يده بعد الاقامة يرده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقى شئ فى يده يرده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازى اذا خرج من دار الحرب يرد الى القيمة مامعه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها الى الخدمة فان الزوج يسترد ما بقى فى يدها من النفقة زيلعى (قوله فان ربح) فيه اشارة الى ان للمضارب ان ينفق على نفسه من مال المضاربة فى السفر قبل الربح والى انه لو لم يظهر ربح لا شئ على المضارب بحر (قوله أخذ المالك ما أنفق المضارب من رأس المال) حتى يتم به رأس المال عينى قيد بالنفقة لانه لو كان فى المال دين غيرها قدم ايفاؤه على رأس المال بحر كما اذا استدان المضارب باذن صريح من رب المال أو اشترى شيئا بأكثر من رأس المال (قوله فتكون النفقة مصروفة الى الربح) لان ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف الى الربح كما مر درر (قوله ولا تكون مصروفة الى رأس المال) لان رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الاصل عينى (قوله حسب ما أنفق الخ) الاصل ان ما أوجب زيادة المالية حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار يضم تنوير وشرحه عن النهاية (قوله وأضاف الى الثمن) أى حسب ما أنفق واضافه الى الثمن لانه لا يلزم من حسبانه اضافته لكن يلزم على هذا حذف العاطف والمعطوف معا وهو جائز اذا كان العاطف الواو والفاء وأمن اللبس كما هنا فى ذلك مع الواو سرابيل تقيكم الحر أى والبرد ومع الفاء ان اضرب بعصاك الحجر فانبجست أى فضرب فانبجست (قوله لا يحسب الخ) حسبه عده وبابه نصر وحسابا أيضا بكسر الحاء وضمها شيخنا عن المختار (قوله ما أنفق على نفسه) لانهم لم يتعارفوا ذلك ولانه لا يزيد فى قيمة المتاع درر (قوله ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب (قوله فهو متطوع) لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز وعلى هذا لو زاد عن الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا فى الزيادة زيلعى (قوله فهو شريك بما زاد الصبغ فيه) لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة زيلعى والقصارة بفتح القاف مصدر من قصر الثوب وبكسرها حرفته بحر (قوله ولا يضمن المتاع) لانه مأذون فيه بقوله اعمل برأيك ولم يقع على المضاربة لان فيه استدانة

مطلقا استحسانا وقال الشافعى رحمه الله ينفق المضارب من مال نفسه مطلقا وقال مالك رحمه الله ان كثر المال ينفق من مال المضاربة ولو قل فمن مال نفسه (وان عمل) المضارب (فى المصر) أو فى قريته (فنفقته فى ماله) أى مال نفسه لا فى مال المضارب (كالدواء) وعن أبى حنيفة ان الدواء فى مال المضاربة ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقى فى المصر وان كان بحيث لا يبيت فى أهله فنفقته من مال المضاربة (فان ربح) المضارب (أخذ المالك ما أنفق) المضارب (من رأس المال وما بقى يكون بينهما) على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح ولا تكون مصروفة الى رأس المال (فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع) من الحمل ونحوه كأجرة السمسار والقصار والصباغ (لا) يحسب ما أنفق (على نفسه) ويقول قام على بكذا (ولو) كان مع المضارب ألف فاشترى به متاعا و(قصره أو حمله بماله و) الحال (انه قيل له) اى للمضارب (اعمل برأيك فهو) أى المضارب (متطوع) متبرع فيما انفق (وان صبغه) المضارب صبغا أحمر (فهو) أى المضارب (شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) المتاع

على المالك وليس له ولاية ذلك شيخنا عن العناية بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب بحر (قوله فيه) أي في قيمة الثوب الابيض تعقب بأنه لم يتقدم للثوب ذكر وانما تقدم ذكر المتاع وأجيب بأن دخول الثوب في عموم المتاع كاف (قوله لان السواد يوجب النقصان) هذا بحسب زمانهم أما الآن فيوجب الزيادة والاحكام تختلف باختلاف الازمان حموي (قوله وقيل ثياب الكتان والقطن) لا الخز والصوف بحر عن المغرب (قوله ولم ينقد الثمن) تقول نقدت الدراهم نقدا من باب قتل اذا نظرتها لتعرف جيدها و زيفها ونقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته فانتقدها أي قبضها (قوله وربع العبد للمضارب الخ) لانه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين فاذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة بحر ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني ثلاثة ارباع العبد كذا بخط شيخنا (قوله أي لا يبيع المضارب العبد) مرابحة الا على الالفين لانه اشتراه بهما (قوله صفته) أي صفة العبد انه اشتراه المالك بنصفه حموي (قوله فيقول اشتريته بخمسمائة) لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه المالك لكون البيع الكائن بينهما كالمعدوم وكذا عكسه بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم كذا في الزيلعي والعيني والدرر وكذا في الهداية والجامع الصغير كما ذكره الحموي وكذا في الدرر ونصه ولو كان بالعكس يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبنى المرابحة على ما اشتراه به كانه اشتراه له وناوله اياه بلا بيع وذكر في البحر ان ماذكره الزيلعي موافق لما في المحيط قال وليس ماذكره الزيلعي هنا مخالفا لما ذكره هو في باب المرابحة من انه يضم حصة المضارب وقد اشتبهت هذه المسئلة على كثير حتى زعموا انه وقع منه تناقض وليس كذلك بل ماذكره هنا هو الوجه الاول في كلام المحيط الخ اذا علمت هذا ظهر ان ما قيل من ان ماذكره الزيلعي هنا من التسوية بين المسئلة وعكسها سهو بل في العكس يرابح على سبعمائة وخمسين غير مسلم (قوله امر بالدفع أو الفداء الى قوله فان اختار الدفع الخ) ذكر الشارح هذه الافعال مجردة عن ألف التثنية مخالف لما في الدرر وجرى عليه الحموي في شرحه وسيأتي لهذا مزيد بيان (قوله يدفع وتنتهي المضاربة) لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل درر (قوله وان اختار الفداء) خرج العبد عن المضاربة أما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر بالفداء فصار كالقسمة وأما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه درر (قوله فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما أرباعا لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها اكثر من رأس المال يظهر فيها الربح وهو ألف ههنا بينهما نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه ارباعا ثلاثة ارباعه على رب المال والربع على المضارب درر وعيني (قوله ثم العبد لهما لا على المضاربة) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافي درر (قوله يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كأنهما اشترياه عيني (قوله وانما قيد بقوله قيمته ألفان لانه اذا كان ألفا لا شئ على المضارب) لان الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لانه يستبقي بالفداء مال المضاربة وله ذلك لتوهم الربح كذا في الايضاح ثم اعلم ان العبد المشترى في المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الارش

الفا ومصبوغا ألفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وانما خص الحمرة لان السواد يوجب النقصان وهو خلاف سائر الالوان عند أبي حنيفة رحمه الله وأما سائر الالوان فمثل الحمرة كذا ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير (معه الف بالنصف فاشترى) اى المضارب (به بزا) البز قيل متاع البيت وقيل ثياب الكتان والقطن (وباعه بالفين واشترى) المضارب (بهما عبدا (ولم ينقد) الثمن (فضاعا) أي الالفان (في يده) اى في يد المضارب غرما أي رب المال والمضارب الفا و (غرم المالك الفا) أيضا وحده (وربع العبد للمضارب) وباقيه على المضاربة (ورأس المال الفان وخمسمائة) لان رب المال دفع مرة ألفا الى المضارب ومرة ألفا وخمسمائة (ويرابح على الفين) أي لا يبيع المضارب العبد الا على الالفين فان باع العبد باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب لانه بدل ماله وثلاثة ارباعه وهي ثلاثة آلاف للمضاربة يدفع رأس المال وذلك الفان وخمسمائة ويبقى خمسمائة بينهما على ما اشترطا (وان اشترى) المضارب (من المالك بألف عبدا) صفته (اشتراه) المالك (بنصفه رابح) اى يبيع المضارب ذلك العبد مرابحة (بنصفه) فيقول اشتريت بخمسمائة (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ) أمر بالدفع أو الفداء فان اختار الدفع يدفع وتنتهي المضاربة وان اختار الفداء (فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) وانتهت المضاربة ثم العبد لهما لا على المضاربة (يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) وانما قيد بقوله قيمته ألفان لانه اذا كان ألفا لاشئ على المضارب (معه ألف فاشترى به عبدا

وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك) الى المضارب (ألفا آخر) حتى ينقد المضارب ثمن العبد (ثم وثم) أي و يرجع على رب المال الى ان ينقد ثمن العبد ولو عشر مرات (ورأس المال جميع مادفع) المالك اليه (معه ألفان فقال) المضارب (دفعت الى ألفا فربحت ألفا وقال) المالك (دفعت) اليك (ألفين) مضاربة (فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر ثم رجع وقال القول للمضارب وهو قولهما واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي النصف فالقول للمضارب في قدر رأس المال كما في الاختلاف والقول لرب المال فيما شرط له من الربح وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينته ولو ادعى المضارب العموم في كل ما كان وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب وقال زفر رب المال (معه ألف فقال) المضارب (هو مضاربة بالنصف) او قرض والحال ان المضارب (قد ربح ألفا وقال المالك) هو (بضاعة) أو وديعة (فالقول للمالك) والبينة بينة المضارب فان قلت ما وجه الفرق بين هذا و بين ما اذا انعكس صورة المسئلة بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول للمضارب قلت وجه الفرق انعكاس العلة لانهما قد اتفقا على ان الاخذ كان بالاذن ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر كذا في الايضاح

مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما لان المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال ان يأخذه ويمنعه من بيعه كالمرهون اذا جنى خطأ لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن والحاصل انه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء الا اذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته فان كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألف درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لانه أدى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فانه لو أقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء كذا في النهاية وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من أحكام المضاربة فلهذا كان اليهما بحر (قوله وهلك الثمن قبل النقد) ولم يضمن لانه أمين درر (قوله دفع المالك الى المضارب) هو الظاهر خلافا لما في العيني من قوله الى البائع كذا بخط شيخنا (قوله ألفا آخر) ذكر الصفة لان الالف مذكر حموي عن الصحاح وقوله ذكر الصفة الخ يعني حيث لم يقل اخرى (قوله ثم وثم) فيه حذف المعطوف ودخول حرف العطف على مثله حموي (قوله ولو عشر مرات) بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع لانه لم يبق له حق بعد الاستيفاء حتى لو لم يقع استيفاء بأن دفع اليه الثمن قبل الشراء فاشترى به فهلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء زيلعي ومنه يعلم ما في كلام بعضهم حيث اطلق في محل التقييد (قوله فالقول للمضارب) قيد الاختلاف بكونه في المقدار لان الاختلاف اذا وقع في صفة المقبوض فالقول لرب المال كما سيأتي بحر (قوله وكان أبو حنيفة يقول أولا الخ) لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر زيلعي (قوله ثم رجع الخ) لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول للقابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما لو أنكر القبض بالكلية زيلعي وقوله أمينا كان الخ الضمين كالغاصب والامين كالمودع كذا بخط شيخنا (قوله فالقول للمضارب في قدر رأس المال) لانه القابض ولرب المال فيما شرط له من الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال في يده بضاعة فكذا في انكاره الزيادة زيلعي قال شيخنا وجواب لو ما يفهم من سياق كلامه وهو كان القول له (قوله وأيهما أقام البينة الخ) وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار رأس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا زيلعي (قوله فالقول للمضارب) لان الاصل في المضاربة العموم والقول لمن يتمسك بالاصل ولو ادعى كل نوعا فللمالك لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته اولى والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان درر (قوله فالقول للمالك) يعني مع اليمين كما في شرح الحموي لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو الشركة في ماله أو شرطا من جهته ورب المال منكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو منكر زيلعي (قوله بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة) ليس هذا عكس صورة المسئلة فليراجع الايضاح حموي وأقول ليس المراد عكس مسئلة المصنف بل عكس المسئلة التي أشار اليها الشارح بقوله أو قرض بأن قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة كما قدمناه عن الزيلعي فهي عكسها بالنسبة لدعوى رب المال المضاربة (تتمة) مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا في تركته درر عن شرح الوهبانية وظاهره انه لو كان على المضارب دين آخر فرب المال يكون اسوة الغرماء وليس كذلك فقد نقل شيخنا رحمه الله تعالى عن فتاوى قاضيخان ما نصه مات المضارب وعليه دين فرب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح ان كانت المضاربة معروفة (خاتمة) ذكر في الدر ضمن فروع ما نصه شرى المضارب بالمال متاعا فقال أنا أمسكه حتى اجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه فان في المال ربح اجبر على بيعه

لعمله

لعله باجر الان يقول للمالك اعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك الخ
فمفهوم قوله فان فى المال ربحا الخ انه ان لم يكن ربح لا يجبر على البيع الآن بل يمهل وهى حادثة الفتوى

(كتاب الوديعة)

كان القياس ان يقول كتاب الوديع بدون التاء لانه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوى المذكر والمؤنث تقول رجل جريح وامرأة جريح وانما عدل عن القياس لانه جعل من عداد الاسماء تدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث نوح أفندى (قوله فكانت أكثر وجودا) فيه تأمل اذ لا يلزم من كون المضاربة للاسترباح ان تكون أكثر وجودا حموى (قوله ثم الوديعة والايداع فى اللغة الخ) فيه تأمل لان الوديعة كما فى الطلبة المال المتروك عند انسان لحفظه فعيلة من الودع وهو الترك والايداع والاستيداع بمعنى ويقال أودعه أى قبل وديعته وماذكره النحاة من ان العرب أماتوا مصدر يدع رده قاضى زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أى تركهم اياها حموى والمراد من الختم فى الحديث أى فى قوله عليه السلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين ان يحدث فى نفوسهم هيبة تمرنهم على عدم نفوذ الحق فيها كذا بخط شيخنا وقوله ليختمن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضا وقوله ليكتبن بضم الياء التحتية وفتح المثناة من فوق وبضم الباء الموحدة من تحت كذا السماع من شيخنا (قوله وركنها الايجاب) قولا أو فعلا صريحا أو كناية والقبول صريحا أو دلالة فى حق الحفظ حتى لو قال اعطنى ألف درهم أو الثوب فقال أعطيتك فوديعة كما فى المحيط لانها أدنى من الهبة والادنى متيقن فصار كناية ومثال الايجاب والقبول الفعلى كوضع شئ عند آخر ساكتين الان يقول لا أقبل لان الدلالة لم توجد وتتم بمجرد الايجاب فى حق الامانة فلو قال لغاصب أودعتك برئ من الضمان قبل أو لم يقبل حموى عن المقدسى معزيا للاختيار وفى البحر عن الخلاصة وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع واذا قاموا واحدا بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين للضمان انتهى ولو وضع ثيابه بمرأى من الثيابى كان ايداعا وان لم يتكلم ولا يكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا فان كان غائبا فالحمامى مودع ولو قال لصاحب الخان أين اربطه فقال هناك كان ايداعا بحر أيضا عن الخانية وفيه عن الخلاصة لبس ثوبا بمرأى من الثيابى فظن الثيابى انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن وهو الاصح فان قلت ماذكره فى البحر عن الخلاصة من انه يضمن وهو الاصح لا يلائم ما فى البحر أيضا عن الخلاصة من ان اشتراط الضمان على الامين باطل ولهذا لو شرط الضمان على الحمامى ان ضاعت ثيابه كان باطلا وهو اختيار الفقيه أبى الليث وبه يفتى انتهى قلت انما ضمن لانه بتركه السؤال والتفحص يكون مفرطا وانما كان اشتراط الضمان على الامين باطلا لما سبق فى الكفالة من عدم صحتها بالامانة فلو بتسليمها اصح (قوله وشرطها كون المال قابلا الخ) فيه تسامح والمراد اثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعى ولا يكفى قبول الاثبات لان حفظ شئ بدون اثبات اليد عليه محال حموى تبعا للشرنبلالية وجرى عليه بعضهم وأقول ليس المراد من جعل القابلية شرطا عدم اشتراط اثبات اليد بالفعل بل المراد الاحتراز عما لا يقبل ذلك بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح فتدبر (قوله وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ) حتى لو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق بحر عن المحيط والمراد بالعبد هو البالغ حتى لو كان قاصرا لا ضمان عليه أصلا (قوله وحكمها الخ) بقى من حكمها وجوب الاداء عند الطلب واستحباب قبولها كما فى البحر وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطيها من حيث التعاضد ومن محاسنها بذل منافع بدنه وماله فى اعانة عباد الله واستيجابه الاجر والثناء (قوله وفى الشرع الايداع)

(كتاب الوديعة)
*هى أمانة تركت للحفظ والمضاربة
للاسترباح فكانت أكثر وجودا من
الوديعة فلهذا اخرت عنها ثم الوديعة
والايداع فى اللغة تسليط الغير على
الحفظ أى شئ كان مالا أو غيره
يقال أودعت زيدا مالا واستودعته
اياه اذا دفعته اليه للحفظ فأنا مودع
ومستودع بالكسر فيهما وزيد
مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال
مودع ووديعة وركنها الايجاب
والقبول وشرطها كون المال قابلا
لاثبات اليد ليمكن من حفظه حتى
لو أودعه الآبق أو المال الساقط
فى البحر لا يصح وكون المودع مكلفا
شرطا لوجوب الحفظ عليه وحكمها
وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانة
عنده وفى الشرع (الايداع

عطف على قوله في اللغة أي الوديعة في الشرع الايداع قال الحفيد في حواشي صدر الشريعة مجيء الوديعة بمعنى المصدر لا يظهر شرعا ولا لغة انتهى قال العلامة المقدسي ولعلهم استعملوها أي الوديعة اسما للايداع تسمية للفعل أي الايداع بالمفعول أي الوديعة كقوله ان لجنب المرء مضطجعا أي اضطجاعا فسمى الاضطجاع باسم المفعول الذي هو المضطجع لان المقصود البحث عن فعل المكلف كعكسه وهو تسمية المفعول باسم فعله كما في هذا خلق الله فلهذا عرفت بتعريفين أحدهما بمعنى الايداع والثاني بمعناها الاصلي انتهى ومنه يستفاد الجواب عما بحثه الحفيد حموي مع زيادة ايضاح لشيخنا (قوله تسليط الغير) أي صريحا ودلالة بان انفتق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة ولو لم يأخذه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن في الوجهين بحر عن المحيط بقي ان يقال قوله تسليط الغير الخ ليس خبرا عن الايداع المذكور في المتن بل هو خبر مبتدا محذوف والتقدير وهو أي الايداع تسليط الغير الخ دل على ذلك ما قدمه الحموي حيث قال أي الوديعة في الشرع الايداع وبنى عليه ما ذكره من اعتراض الحفيد فتنبه (قوله وهي أمانة) من حمل العام على الخاص وهو جائز كالانسان حيوان بخلاف عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد حموي قال ولقاضي زاده في التكملة كلام يتعلق بهذا المحل فليراجع انتهى (قوله الا ان الفرق بينهما الخ) قال في البحر والفرق بين الوديعة والامانة من وجهين أحدهما ان الوديعة خاص بما ذكرنا والامانة خاصة بما لو وقع في يده شيء من غير قصده بان هبت الريح بثوب انسان وألقته في حجر غيره وحكمهما مختلف في بعض الصور لان في الوديعة يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف الثاني ان الامانة عام لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته في يد الموصى له والوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين واختاره صاحب النهاية ونقل الاول عن الكردي وفي الصحاح وحجر الانسان بالفتح والكسر والجمع الحجور (قوله والامانة عامة) فانها قد تكون بغير عقد فعلى هذا يكون بينهما العموم والخصوص وهذا الفرق الذي ذكره الشارح موافق للفرق الثاني الذي عزاه في البحر الى النهاية وأما على ما ذكره في البحر أولا وعزاه الى الكردري فيكون بينهما التباين (قوله فلا يضمن المودع بالهلاك) الا اذا كانت الوديعة بأجر درعن الاشباه معزيا للزيلعي (قوله مطلقا) سواء هلكت بما يمكن التحرز عنه أم لا وسواء هلكت وحدها بدون هلاك مال المودع اولا وكذا لا يضمن اذا سرقت لقوله عليه السلام ليس على المودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة الا ان يموت المودع مجهلا لم يبين حال الوديعة فانه يكون حينئذ متعديا فيضمن كذا كل أمين مات مجهلا يضمن الا متوليا أخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين ومات مجهلا بلا بيان المودع وقاضيا أودع مال اليتيم ومات مجهلا در ر وقوله الا متوليا الخ يعني العدل كذا قيد به في شرح المنظومة لابن الشحنة وبزاد ما في الاشباه وهي سبعة أحد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده والوصي اذا مات مجهلا والاب اذا مات مجهلا مال ابنه والوارث اذا مات مجهلا ما اودع عند مورثه ومن مات مجهلا ما ألقته الريح في بيته ومن مات مجهلا ما وضعه مالكه في بيته بغير علمه والصبي المحجور اذا مات مجهلا لما أودع عنده قال فصار المستثنى عشرة وزاد عليها في الشرنبلالية تسعة الجد ووصيه ووصي القاضي والمحجور لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته لكن القول بان الاب لا يضمن ضعفه العمادي الخ واعلم ان ما ذكره في الدرر من ان القاضي اذا أودع مال اليتيم ومات مجهلا لا يضمن يشير الى ان ما في الشرنبلالية عن العمادي من انه اذا وضع اموال اليتامى في بيته ومات ولا يدري أين المال يضمن بموته مجهلا وتخالفه ما في الشرنبلالية عن قاضيخان بالعز والى ابن رستم من أنه لا ضمان عليه انتهى واعلم ان التقييد بالغلة في جانب المتولي للاحتراز عن البدل ولهذا قال في الدر لو مات الناظر

(تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين وهي أمانة) الا ان الفرق بينهما ان الوديعة خاصة والامانة عامة (فلا يضمن) المودع (بالهلاك) مطلقا

مجهلا لثمن الارض المستبدلة فانه يضمن قال فلعين الوقف بالاولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بحثا بالفجاءة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها ثم اعلم ان ما سبق عن الاشباه حيث استثنى أحد المتفاوضين اذا مات مجهلا واقره في الشرنبلالية خلاف المعتمد ولهذا قال في الدر وليس منها مسئلة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفي الشركة عن وقف الخانية ان الصواب ان يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط واعلم ان في استثناء الصبي المحجور نظرا لانه لا يجب عليه الحفظ و اذ لا يجب عليه الضمان باستهلاك الوديعة كما سبق وليس المراد من التجهيل عدم بيان حال الامانة مطلقا سواء كان الوارث يعلم حالها ام لا كما يتوهم من كلام بعضهم بل بقيد ان لا يكون للوارث علم بحالها ولهذا قال في الاشباه ومعنى موته مجهلا ان لا يبين حال الامانة وكان يعلم ان وارثه لا يعلمها فان بينها وقال في حياته رددتها فلا تجهيل ان برهن الوارث على مقالته والا لم يقبل قوله وان كان يعلم ان وارثه يعلمها فلا تجهيل الخ فلو قال الوارث أنا علمتها وانكر الطالب ان فسرها وقال هي كذا وأنا علمتها وهلكت صدق در (قوله وبعياله) يعني الامناء فيضمن بالدفع الى المتهم شرنبلالية عن الخانية وقال في الخلاصة لمن في عياله ان يدفع الى من في عياله ولو نهاه عن الدفع الى بعض من في عياله فدفع ان لم يجد بدا من الدفع لا يضمن والا ضمن قال وظاهر المتون ان كون الغير في عياله شرط واختاره في الخلاصة وقال والابوان كالاجنبي حتى يشترط كونهما في عياله واختار صاحب النهاية تبعا لغيره عدم الاشتراط قال وعليه الفتوى حتى يجوز الدفع الى وكيله اوأمين من امنائه وليس في عياله اوشريكه مفاوضة او عنانا بحر واختلف فيما لو دفع الى من في عيال صاحب الوديعة شرنبلالية عن الخانية وفي الذخيرة ترجيح رواية الضمان حموي عن حواشي صدر الشريعة للحفيد (قوله من زوجته) يعني الامينة فلو غير أمينة وهو عالم بذلك ضمن بحر عن الخلاصة والنهاية (قوله اوولده اووالديه) اعلم ان التعبير بالولد والوالدين اولى مما وقع في الدرر حيث قال ووالده ووالدته لانه لا يعلم منه حكم جواز الحفظ بالولد فالموافق للكتب ماذكره الشارح ولقد بالغ عزمي زاده حيث ادعى ان ما في الدرر غير صواب لما يلزم عليه من خروج الابن من هذا الحكم وهو غير صحيح رواية ودراية (قوله أواجيره) يعني الاجير مسانهة أومشاهرة كما في البرهان وقيد الزيلعي الاجير مشاهرة بان تكون نفقته عليه واستشكله في الشرنبلالية بما قدمه الزيلعي من ان المعتبر فيه المساكنة لا النفقة (قوله والعبرة في هذا الباب للمساكنة) أي ولو حكما فلو دفعها لولده المميز وزوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن درع الخلاصة فان قلت تفسير العيال بمن يسكن معه حقيقة أو حكما مخالف لما في الاسعاف والزيلعي من كتاب الحج حيث قال ولو قال لي عيالي يدخل فيه كل من كان في نفقته وان لم يكن ذا رحم محرم منه قلت لا تخالف لان ما هنا بالنسبة لحفظ الوديعة وما هناك بالنسبة للوقف ونحوه كالارصاد فان قلت ما المراد بالمساكنة حكما قلت جوابه يعلم من قوله في الدر فلو دفعها لولده المميز وزوجته فان الزوجة وان كانت في مسكن آخر الا انها في الحكم كأنها في مسكن زوجها (قوله فان حفظها بغيرهم ضمن) اى بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير استئجار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه زيلعي ولو اودع بلا اذن ثم أجاز المالك خرج الاول من البين والرد الى عيال المالك كالرد الى المالك فلا يكون ايداعا بخلاف الغاصب اذا رد الى من في عيال المالك فانه لا يبرأ وفي الخلاصة اذا رد الوديعة الى منزل المودع او الى من في عياله فضاعت لا يضمن وفي رواية القدوري يضمن بخلاف العارية قال في البحر والفتوى على الاول (قوله وأودعها عند غيرهم) او في كلام الشارح تفسيرية حموي (قوله فيسلمها الى جاره الخ) فلو ادعى الدفع الى جاره او فلك آخر صدق ان علم وقوعه يعني الغرق أو الحرق والا لا يصدق

وقال مالك ان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق معها مال آخر للمودع يضمن (وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله) من زوجته أو ولده أو والديه أو اجيره والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو دفعت وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والتلميذ الخاص والاجير الذي استأجره مشاهرة او مسانهة دون المياومة فهو ممن في عياله أما الاجير بعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع (فان حفظها بغيرهم) وأودعها عند غيرهم (ضمن الا ان يخاف الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك آخر) اى يضمن الا ان يقع في داره حريق غالب فخاف على الوديعة فسلمها الى جاره او يكون في فلك فخاف الغرق فألقاها الى سفينة أخرى فحينئذ لا يضمن

مطلقا قيل هذا اذا أحاط الحريق بمنزل المودع وان لم يحط بمنزله يضمن ولا يصدق على العذر حتى يقيم البينة ذكر شمس الائمة الحلوانى لو دفعها الى جاره مع امكان الدفع الى بعض ما فى عياله يضمن والا فلا الغرق بفتحتين مصدر غرق فى الماء من باب لبس فهو غريق والحرق بالسكون من النار وبالتحريك من القصار كذا فى المغرب (فان) اودع ثم (طلبها ربها فحبسها) المودع حال كونه (قادرا على تسليمها او خلطها) المودع (بماله حتى لا تتميز) بأن خلطها بجنسها كاللبن باللبن والحنطة بالحنطة (ضمنها) فى المسئلتين وانما قيد فى الاول بقوله قادرا لانه لو كانت ببعد من المودع لا يقدر على دفعها لضيق الوقت أو غيره فلا ضمان عليه ويكون القول قوله كذا فى الخانية واعلم ان الخلط على أربعة اوجه خلط بطريق المجاورة مع تيسر التميز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وانه لا يقطع حق المالك بالاجماع وخلط بطريق الجاورة مع تعسر التميز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة وفى الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم أو الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة او مجاورة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز ممازجة أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن او الحنطة بالحنطة أو الشعير بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود فعند أبى حنيفة هو استهلاك مطلقا لا سبيل لصاحبه الا تضمين المودع مثلها او قيمته وصار المخلوط ملكا للخالط وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله وان شاء شاركه فى المخلوط بقدر دراهمه (وان اختلط) الوديعة بماله (بلا فعله) كما اذا انشق الكيس فى صندوقه فاختلط بدراهمه (اشتركا) أى المودع والمودع فى المخلوط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما دراهم ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل منهما ولكن (لو انفق) المودع (بعضها فرد) المودع (مثله) أى مثل ما أنفق (وخلطه بالباقى) من الوديعة (ضمن الكل وان تعدى) المودع (فيها) بأن كانت الوديعة دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه او اودعه غيره (ثم ازال التعدى) وردها الى يده على ما كان (زال الضمان) الواجب بالتعدى

الا ببينة فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق در والظاهر ان المراد من قوله صدق أى بيمينه (قوله مطلقا) اى سواء احاط الحريق بمنزل المودع ام لا (قوله قيل هذا اذا احاط الحريق الخ) ظاهر التعبير بقيل انه مرجوح وليس كذلك ولهذا جزم به فى التنوير وشرحه من غير ذكر خلاف (قوله ولا يصدق على العذر حتى يقيم البينة) أى لا يصدق على الدفع الى جاره او فلك آخر الا اذا اقام البينة على الغرق او الحرق يعنى وكان الغرق او الحرق غير معلوم الوقوع كما سبق عن الدر (قوله لو دفعها الى جاره مع امكان الدفع الخ) لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها فى سفينة أخرى فوقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله شرنبلالية عن التبيين (قوله كذا فى المغرب) عبارته الحرق اذا كان من النار فهو بسكون الراء وان كان من دق القصار فهو محرك وروى السكون كذا بخط شيخنا (قوله ثم طلبها ربها) بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر در (قوله أو خلطها) قيد بكون المودع خلطها لان الخالط لو كان اجنبيا او من فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله بحر عن الخلاصة قال وان خلطها باذنه كان شريكا له اه (قوله بان خلطها بجنسه الخ) فيه حصر للمتن على بعض ما تناوله لان قوله أو خلطها بماله حتى لا تتميز شامل لما اذا خلط الجنس بغير جنسه كالخل بالزيت لانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع كما سيذكره الشارح فالمدار فى الضمان على عدم التميز (قوله ضمنها فى المسئلتين) اما فى الاولى فلانه ظالم بالمنع حتى لو لم يكن بالمنع ظالما لا يضمن كما لو كانت الوديعة سيفا فاراد صاحبه ان يأخذه ليضرب به ظلما فانه لا يدفعه لئلا يكون معينا على الظلم ولو اودعت كتابا فيه اقرار منها للزوج بماله او بقبض مهرها من الزوج فللمودع ان لا يدفع الكتاب لئلا يذهب حق الزوج تنوير وشرحه وأما فى الثانية فلانه صار مستهلكا لها (قوله لو كانت ببعد الخ) لعله ببعيدة كما يدل عليه آخر كلامه حموى (قوله وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان) فى الصحيح زيلعى (قوله كخلط دهن اللوز الى قوله باللبن) تمثيل لخلط الجنس بالجنس ممازجة وقوله أو الحنطة الى قوله بالسود تمثيل للخلط بالجنس مجاورة ففى كلامه لف ونشر مرتب (قوله وصار المخلوط ملكا للخالط) ولا يباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة ولو ابرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار الخ) لانه يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيخير وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا زيلعى (قوله اشتركا) لان الضمان لا يجب الا بالتعدى ولم يوجد فيشتركان شركة املاك عينى (قوله ولكن لو انفق الخ) لا وجه لهذا الاستدراك وفى بعض نسخ الدرر بحذفه وهو الوجه قال شيخنا ثم رأيت السيد الحموى قال لا وجه لهذا الاستدراك (قوله ضمن الكل) لخلطه ماله بمالها هذا اذا لم يمكن التمييز فان امكن لم يضمن الا ما انفق كما لو انفق ولم يرد او اودع وديعتين فانفق احداهما در عن المجتبى (قوله ثم ازال التعدى الخ) يعنى وصدقه المالك فان كذبه لا يبرأ عن الضمان الا ان يقيم البينة حموى عن العمادى (قوله زال الضمان) لانه مأمور بالحفظ فى كل الاوقات فاذا خالف فى البعض ثم رجع اتى

بالمامور

بالمأمور به كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ الباقي استحق الاجر بقدره بحر ثم ذكران الضمان انما يزول بشرط ان لا يعزم على العود الى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه لبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان انتهى معزيا للظهيرية قال العلامة الحموي ومعنى زال الضمان انه كانت الوديعة بحيث لو هلكت ضمنت فزال هذا المعنى (قوله وقال الشافعي الخ) لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالمجور زيلعي (قوله بخلاف المستعير الخ) لان البراءة منه انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما لانفسهما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ زيلعي وكالمودع الوكيل ببيع او حفظ او اجارة او استئجار والمضارب والمستبضع وشريك عنان او مفاوضة ومستعير الرهن والحاصل ان الامين اذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان الا في هذه العشرة لان يده كيد المالك ولو كذبه في عوده الى الوفاق فالقول له وقيل للمودع در عن الاشباه والعمادية وقوله والمضارب والمستبضع الخ معطوف على الوكيل من قوله وكالمودع الوكيل وقوله ومستعير الرهن يعني اذا استعار عبدا ليرهنه او دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قبض المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن لا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما وانما كان مستعير الرهن كالمودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه متقضيا فيتوجب للمعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما كما في البحر واعلم ان ماذكره المصنف من قوله بخلاف المستعير والمستأجر هو المفتى به كما في الشرنبلالية احترز به عما ذكره في الدرر من ان منهم من قال المستعير والمستأجر كالمودع اذا خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برئوا عن الضمان اذا كانت مدة الايداع والاعارة باقية الخ (فرع) استأجر رجلا ليحمل له شيئا له مؤنة الى بغداد الى رجل فوجد ذلك الرجل غائبا فترك الحمولة على يد عدل ليوصله الى ذلك الرجل يجب ان لا يضمن منية المفتي (قوله وبخلاف اقراره بعد جحوده) بان قال لم تودعني أما لو قال ليس له علي شئ ثم ادعى ردا أو تلفا صدق شرنبلالية عن جامع الفصولين (قوله بعد ما جحدها) بان قال لم يودعني عند مالكها بعد طلب ردها ونقلها من مكانها وقت الانكار وكانت منقولا ولم يكن هناك من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها لان الجحود رفع للعقد فلا يعود الا بعقد جديد قيدنا بكونه أنكر الايداع لانه لو ادعى ان المالك وهبها منه أو باعها له وأنكر صاحبها ثم هلكت لم يضمن وبكونه بعد الطلب لانه لو قال له ما حال وديعتي عندك فجحدها لم يضمن وبكونه نقلها لانه لو لم ينقلها من مكانها حال الجحود فهلكت لم يضمن وبكونها منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود خلافا لمحمد وبكونه لم يحضرها بعد الجحود لانه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها دعها وديعة فان امكنه أخذها لم يضمن والا ضمنها لانه لم يتم الرد ولو جحدها ثم ادعى ردها وأقام البينة قبلت كما لو برهن انه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود ونسيت ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما تعلم ذلك فان حلف ضمن وان نكل برئ بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن تنوير وشرحه عن الخلاصة والاختيار والعمادية والخانية وأقول ماذكره من اشتراط نقلها من مكانها وان مشى عليه في التنوير تبعا لما في الخلاصة وعزاه في الشرنبلالية الى الناطفي مخالف لما في الشرنبلالية أيضا عن جامع الفصولين ونصه جحدها والعارية ضمن ولو لم يحول (تتمة) اذا ضمن المودع بالجحود تعتبر قيمتها يوم الايداع لا يوم الجحود بحر عن الخلاصة وتعقبه العلامة المقدسي بان الذي في الخلاصة يقضى عليه بقيمته يوم الجحود وان قالوا لا نعلم قيمته يوم الجحود ولكن علمنا قيمته يوم الايداع وهي كذا قضى عليه بقيمته يوم الايداع حموي (قوله وعند زفر يضمن) لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا انما يكون اتلافا اذا أراد تملكها ومراده هنا حفظها زيلعي (قوله وله ان

وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان
(بخلاف المستعير والمستأجر) يعني
اذا تعدى في المستعار والمستأجر بان
استعار ثوبا ليلبسه يوما فلبسه يومين
أو استأجر الدابة ليركبها
ونزعه للتسليم أو ليحمل عليها مقدارا
معلوما فركبها أو حملها أكثر منها ثم
ردها كما كانت لم يبرأ خلافا لزفر رحمه
الله فيهما (و) بخلاف (اقراره بعد
جحوده) أي يضمن المودع باقراره
بالوديعة بعدما جحدها ولو جحدها
عن غير صاحبها بأن قال اجنبي
اعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن
وعند زفر يضمن (وله أن يسافر بها)
مطلقا

يسافر بها) أى فى البر قال العينى وأجمعوا على انه لو سافر بها فى البحر يضمن (قوله سواء كان لها حمل ومؤنة أولا) واستثنى فى شرح القدورى الطعام الكثير فانه يضمن اذا سافر به استحسانا بحر وفيه عن قاضيخان للمودع ان يسافر بمال الوديعة اذا لم يكن له حمل ومؤنة وتعقبه الحموى بان ما فى الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبنى على قولهما أما على قول أبى حنيفة فيسافر بها مطلقا عند عدم النهى (قوله عند عدم النهى) لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان بحر (قوله لو كان الطريق مخوفا) ومن الخوف السفر بها فى البحر لان الغالب فيه العطب بحر عن الاختيار وتعقبه الحموى نقلا عن المقدسى فقال يخالف هذا الاطلاق قولهم فى الحج يجب اذا كان الغالب السلامة ولو بحرا انتهى وأجيب بأن التقييد مستفاد من تعليله (قوله وله بد من السفر) فيه ان التقييد بهذا القيد لا يخص خوف الطريق خلافا لما يتوهم من سياق كلام الشارح فلو جعله قيدا فى كل من خوف الطريق ونهيه عن السفر كما فى الشرنبلالية عن التبيين لكان أولى واعلم ان التقييد به للاحتراز عما اذا لم يكن له بد من السفر بأن احتاج الى نقل عياله وسافر بهم فانه لا يضمن كما سيأتى التنصيص عليه فى كلام الشارح واستفيد منه انه ان سافر بنفسه يعنى من غير عياله يضمن وبه صرح فى البحر عن الخانية (قوله هذا عند أبى حنيفة) أى جواز السفر مطلقا ولو كان لها حمل ومؤنة فاسم الاشارة راجع للاطلاق السابق (قوله وعندهما ليس له الخ) ينبغى ان يحمل ما ذكره الشارح من منعه عن السفر بماله حمل ومؤنة عندهما على ما اذا طالت مدة السفر فلا ينافى ما سيذكره من قوله وقال أبو يوسف له ان يسافر بها سفرا قصيرا الخ (قوله اذا كان له حمل ومؤنة) لانه يلزمه مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به زيلعى (قوله ليس له ذلك فى الوجهين) لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ فى الامصار قلنا المفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصى فى مال الصبى زيلعى (قوله وقال محمد لا يسافر مطلقا) معنى الاطلاق عدم الفرق عنده بين السفر الطويل والقصير كما يدل عليه سياق كلامه وليس الاطلاق شاملا لما ليس له حمل ومؤنة ولهذا قال العينى وقال محمد لا يخرج بماله حمل ومؤنة والحاصل ان الخلاف فى خصوص ماله حمل ومؤنة اما ما ليس له حمل ولا مؤنة فله السفر به اتفاقا عند عدم النهى والخوف وكذا مع النهى والخوف أيضا ان لم يكن له من السفر بد كما سبق (قوله بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج الى نقلهم) مقتضاه انه اذا ترك الوديعة فى داره فسافر ولم يكن بعض عياله فيها يضمن وانه حينئذ لا يعتبر الحفظ بالمكان لاقتضائه التصوير بذلك قال شيخنا وليس كذلك ففى البحر عن الخلاصة مودع غاب عن بيته ودفع مفتاح البيت الى غيره فلما رجع الى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن وبدفع المفتاح الى غيره لم يجعل البيت فى يد غيره وذكر قبل هذا معزيا للبحر أيضا ان الوضع فى حرز غيره من غير استئجار له ايداع حتى يضمن به انتهى (قوله لم يدفع الى أحدهما حظه الخ) فيه اشارة الى انه لا يجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه فى قول أبى حنيفة والى انه لو دفع اليه لا يكون قسمة حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ والى ان لاحدهما ان يأخذ حصته منها اذا ظفر بها والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن وفى فتاوى قاضيخان ما يفيده ولفظه ثلاثة أودعوا رجلا وقالوا لا تدفع المال الى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم قال محمد فى القياس يضمن وبه قال أبو حنيفة وفى الاستحسان لا يضمن وهو قول أبى يوسف فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان فكان هو المختار بحر وتعقبه المقدسى فقال كيف يكون هو المختار مع ان سائر المتون على قول الامام وقال الشيخ قاسم اختار النسفى قول الامام والمحبوبى وصدر الشريعة وقال المقدسى وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلا بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الائمة الاعيان بل غالب المتون عليه متفقون حموى (قوله وعندهما يدفع الخ) قياسا على الدين المشترك وفرق الامام بينهما بان المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعديا على ملك الغير وفى الدين يطالب بحقه اذ الديون تقضى بامثالها فكان تصرفا فى مال

سواء كان لها حمل ومؤنة اولا (عند عدم النهى والخوف) وان نهى عن السفر بها فسافر ضمن بالاتفاق وقيد بقوله عند عدم الخوف لانه لو كان الطريق مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق هذا عند أبى حنيفة وعندهما ليس له السفر بها اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين واعلم ان اطلاق قوله له ان يسافر يدل على انه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وذكر فى الجامع الصغير الخانى والذخيرة قال أبو حنيفة رحمه الله له أن يسافر مطلقا وقال محمد رحمه الله لا يسافر مطلقا وقال أبو يوسف له أن يسافر بها سفرا قصيرا لا سفرا طويلا وهذا الخلاف فيما اذا امكنه الحفظ فى المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج الى نقلهم أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج الى نقلهم لا يضمن بالاجماع (ولو اودعا شيئا) وديعة عند رجل فحضر أحدهما وطلب نصيبه (لم يدفع) المودع (الى أحدهما حظه حتى يحضر الآخر) عند أبى حنيفة ولو فعل ضمن نصفه وعندهما يدفع اليه نصيبه ولا يضمن والخلاف فى المكيل والموزون وفى الذخيرة ذكر الخلاف فى الثياب والدواب أيضا وكذا فى الكافى والصحيح ان الخلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وفيما عداهما من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه بالاجماع (وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) كالمكيلات والموزونات والثياب وكذا كل ما لا يتعيب بالتقسيم

نفسه ومن مناقب الامام ان اثنين اودعا الحمامي شيئا فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطالبها منه فلم يخبره الحمامي واستمهله وانطلق الى الامام رضي الله عنه فأخبره فقال له قل له انا لا أعطى الوديعة الا لكما معا فانصرف ولم يعد زيلعي (تتمة) لغريم المديون ان يأخذ وديعته ان ظفر بها وليس للمودع الدفع اليه شيخنا واذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها الى نفسه ان كان من المصارف والا صرفها الى المصرف حموي عن البزازية (قوله اقتسماه الخ) اعلم ان مذهب الامام هو الاقيس لانه انما رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلي شراء فيضمن أحدهما اذا سلم الكل الى الآخر بدون رضا المالك زيلعي ودر وليس المراد من قوله فيضمن أحدهما اذا سلم الكل الخ انه يضمن الكل بل النصف (قوله لا القابض) لان مودع المودع لا يضمن عنده زيلعي (قوله وقالا لا يضمنان به) لان لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين زيلعي (قوله جاز أن يحفظه باذن الآخر) لان المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل عيني لانهما لا يمكان القسمة فيما لا يقسم وكذا المهايأة في الحفظ خلاصة قال الحموي فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر (قوله فدفعها الى من لا بد له منه) كدفع الدابة الى عبده وما تحفظه النساء الى عرسه درر (قوله لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن متعديا هذا اذا كانت الوديعة مما تحفظ في يد من منعه حتى لو كانت فرسا فمنعه من دفعها الى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه الى غلامه ودفع ضمن زيلعي ومن حوادث الفتوى شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجه هل يضمن للمخالفة ولا والذي يظهر من كلامهم عدم الضمان حموي وأقول ينبغي ان يقيد عدم الضمان بالدفع الى الزوجة بما اذا كانت الوديعة نحو عقد فلو كانت نحو فرس ضمن (قوله او حفظها في بيت آخر) مساوله في الحفظ فلو فيه خلل ضمن وكذا لو كان ظهر البيت على السكة بحر (قوله وان كان له منه بد) هذه المسئلة صادقة بصورتين الاولى ان تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فانه يضمن بدفعه الى عياله الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع اليه بحر فان قلت هذا انما يتجه ان لو منعه من الدفع الى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف ولو قال لا تدفع الى عيالك قلت مبنى هذا الاشكال ما هو المتبادر من ان قوله وان كان له منه بد مرتبط بقوله ولو قال لا تدفع الى عيالك وليس كذلك ولذا شرح العيني قول المصنف وان كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه انتهى (قوله أي المودع) تفسير للضمير في له وهذا على ما وقع في بعض النسخ أي من الدفع وعلى هذه النسخة لا وجه لذكر من بعد اى فلهذا ضرب عليها شيخنا بالقلم وقال في بعض النسخ اى من الدفع وعلى هذه النسخة تبقى اعنه من في محلها ويكون هذا بيانا للجار مع مرجع الضمير المجرور في منه (قوله او حفظها في دار أخرى) هذا محمول على ما اذا لم تكن الدار الاخرى مثلها أما لو كانت مثلها او احرز منها لا يضمن بحر عن الخلاصة (قوله ومودع الغاصب ضامن) لانه قبض بلا اذن المالك كذا غاصب الغاصب والمشترى من الغاصب زيلعي (قوله وذكر أبو اليسر الخ) استظهر في الدر انه يرجع وان علم كما في الدرر خلافا للقهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم لكونه عاملا للغاصب (قوله وعندهما له أن يضمن أيهما شاء) لان الاول جنى بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني تعدى بالقبض بلا اذنه فيميل المالك الى أيهما شاء وللامام ان الاول لا يضمن بالدفع الى الثاني ما لم يفارقه لان حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه والمالك انما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فاذا فارق الاول الثاني ضمن لانه صار مضيعا والثاني امين استمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعديا من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعديا من غير احداث فعل زيلعي بخلاف مودع الغاصب فان قبضه وقع تعديا من الابتداء (قوله لم يرجع على الثاني) لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (قوله رجع على

(اقتسماه وحفظ كل) واحد منهما (نصفه ولو دفع أحدهما) كله أي (الى الآخر) فضاع كل ما في يده (ضمن) الدافع لا القابض عنده أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنان به (بخلاف ما لا يقسم) أي ان كانت الوديعة مما لا يقسم كالعبد والثوب الواحد وكل ما يتعيب بتقسيم جاز ان يحفظ باذن الآخر فلو دفع الى آخر ثم ضاع لا يضمن (ولو قال) المودع له (لا تدفع الوديعة (الى عيالك او) قال (احفظ في هذا) البيت (فدفعها الى من لا بد له منه أو حفظها في بيت آخر من الدار) التي كلا البيتين في تلك الدار (لم يضمن) الدافع (وان كان له منه) أي من الدفع (بد او حفظها في دار أخرى ضمن ومودع الغاصب ضامن) حتى لو غصب رجل شيئا فأودع عند رجل فهلك عنده ضمن والمالك مخير ان شاء ضمن المودع وان شاء ضمن الغاصب وذكر ابو اليسر رحمه الله ان لم يعلم ان المودع غاصب يرجع عليه بعد التضمين وان علم لا يرجع وكذا اشار اليه السرخسي رحمه الله (لا مودع المودع) اى لا يضمن مودع المودع بأن اودع عند رجل وديعة فاودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول دون الثاني عند أبي حنيفة وعندهما له ان يضمن أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني وان ضمن الثاني رجع على الاول (معه الف ادعى رجلان) كل واحد منهما (انه لها اودعه اياه) فانكر وليس لهما بينة

الاوّل) لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولو قال المالك هلكت عند الثاني وقال بل ردها وهلكت عندي لم يصدق وفي الغصب منه يصدق لانه أمين در وفيه عن المجتبى القصار اذا غلط فدفع ثوب رجل الى غيره فقطعه فكلاهما ضامن وعن محمد أصاب الوديعة شئ فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن ان ضمن المعالج رجع على الاوّل ان لم يعلم انها لغيره والا لم يرجع انتهى (قوله ثم عرض اليمين عليه) يشير الى ان المودع يحلف اذا أنكر الايداع كما يحلف اذا ادّعى ردها أو هلاكها لنفي التهمة أو لانكاره الضمان ولو حلف لا يثبت الرد بيمينه حتى لا يضمن الوصي لو ادّعى الرد عليه وحلف حموي عن المبسوط يعني اذا كانت الوديعة لصبي اودعها وصيه فادّعى المودع الرد على الوصي وأنكر الوصي الرد فاستحلف المودع فحلف برئ لكن لا ضمان على الوصي (قوله فنكل لهما) ولايهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية والاولى عند النزاع ان يقرع بينهما تطييبا للقلوب بهما ونفيا للتهمة الميل زيلعي ونكل من باب دخل يقال نكل عن العدو وعن اليمين أي جبن وقال أبو عبيد نكل بالكسر لغة فيه وأنكرها الاصمعي مختار صحاح (قوله فالالف لهما) لانه وجب الحق لكل منهما عليه ببذله أو اقراره وعليه ألف آخر لان نكوله اوجب لكل منهما كل الالف فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك درر (قوله ان لا يقضي بالنكول الخ) لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء كالبينة زيلعي وفي التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لانه لما أقر بها للاوّل ثبت الحق فيها له فلا يفيد اقراره بها للثاني فلو اقتصر على الاوّل لكان صادقا بحر (قوله لا ينفذ قضاؤه) وقال الخصاف ينفذ لانه محل مجتهد فيه ووضع الخصاف المسئلة في العبد دون النقد ولا فرق بينهما الا ان النقود تتعين في الودائع والغصوب زيلعي

(كتاب العارية)

بالتشديد وتخفف در وشرطها شرط سائر التبرعات من الحرية والعقل والبلوغ كذا قالوا لكن نقل الحموي عن الخانية التصريح بان الصبي المأذون اذا أعار ماله صحت الاعارة ومحاسنها النيابة عن الله في اجابة المضطر لانها لا تكون الا لمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر ومشروعيتها بالكتاب قال تعالى ويمنعون الماعون فانه تعالى ذم على منع الماعون الذي هو عدم اعارته فتكون اعارته محمودة وبالسنة وهي ما روى البخاري من انه عليه السلام استعار من أبي طلحة فرسا يقال له المندوب فركبه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازها وانما اختلفوا في انها مستحبة أو واجبة والاكثر على انها مستحبة واعلم ان ما ذكره نوح افندي حيث استدل على مشروعيتها بقوله تعالى ويمنعون الماعون يبتني على ما ذكره البيضاوي آخرا حيث فسر الماعون بما يتعاور في العادة وذكر أوّلا انه الزكاة (قوله المناسبة بين الكتابين الخ) تضمنت هذه المناسبة وجه تقديم الوديعة على العارية فتدبره حموي قال شيخنا وهو ان الوديعة مفردة والعارية مركبة من الوديعة انتهى (قوله فعلية) بفتح العين وأصلها عورية قلبت الواو ألفا لفتح ما قبلها حموي (قوله أو العرى) قال الحموي يراجع المغرب انتهى والذي في الزيلعي انها مأخوذة من العرية وهي العطية (قوله خطأ) لان النبي عليه الصلاة والسلام استعار فلو كان العار في طلبها لما باشرها بحر عن النهاية (قوله على حذف الجار) اذ الاصل استعرت منه اياه حموي (قوله مشتقة من التعاور) يقال تعاورنا الكلام بيننا أي تداولناه وتناولناه كذا بخط شيخنا (قوله تمليك المنفعة) أفاد بالتمليك لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا فلو استعار من رجل شيئا فسكت لا يكون

ثم عرض اليمين عليه (فنكل) عنه (لهما فالالف) للمودع (لهما وعليه) (الف آخر) أي على المدعى عليه (بينهما) وانما قيد بقوله فنكل لهما لانه ان حلف لهما فلا شئ لهما فان حلف للاوّل ونكل للثاني فالالف له وان نكل للاوّل وحلف للثاني فالالف للاوّل ولا شئ للثاني وينبغي للقاضي ان لا يقضي بالنكول للاوّل حتى يحلف للثاني فلو قضى القاضي للاوّل حين نكل مع انه ليس له ذلك لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلف للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الفا آخر بينهما

(كتاب العارية) المناسبة بين الكتابين ظاهرة لان الاوّل أمانة تركت للحفظ والثاني أمانة دفعت للحفظ والانتفاع والعارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة اسم من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ يقال استعرت منه الشئ فأعارنيه واستعرته اياه على حذف الجار كذا في المغرب وفي المبسوط هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء (هي تمليك المنفعة

اعارة بحر عن الخانية وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض لانها تصير اجارة
وحكمها كونها أمانة وقالوا علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا ان
طلب الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير ان يستعيره فنفقته على المولى أيضا لانه وديعة در
(تتمة) ليس للاب اعارة مال طفله وكذا القاضي والوصي تنوير وشرحه (قوله بلا عوض) أي بغير
عوض فلا اسم بمعنى غير ظهر اعرابها فيما بعدها أي لكونها على صورة الحرف وفيه نظر اذ كونها على
صورة الحرف لا يقتضي ظهور اعرابها فيما بعدها بل كونها في محل كذا فالاولى ان يقال انها في محل جر
بالباء وما بعدها مجرور باضافتها اليه وهذا مذهب الكوفيين وغيرهم يراها حرفا ويسميها زائدة ويعنون
بذلك انها معترضة بين شيئين متطالبين وان لم يصح المعنى باسقاطها (قوله اباحة الانتفاع) لانه
لا يشترط لها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل نهيه ولا يملك الاجارة من غيره قلنا انها
تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة
كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل
ولو كانت اباحة لما جاز والجهالة لا تفضي الى المنازعة لانها غير لازمة اذ له ان يرجع في كل ساعة فلهذا
جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك
ولهذا لا تجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث زيلعي والمراد جهالة المنافع لا العين لما في البحر
عن الخلاصة لو استعار من آخر حمارا وله في الاصطبل اثنان فقال خذ احدهما واذهب فأخذ أحدهما
يضمن اذا هلك بخلاف خذ أيهما شئت قال في البحر وانعقادها بلفظ الاباحة لانه استعير للتمليك (قوله
باعرتك) لانه صريح فيه عيني (قوله أي جعلتك طاعمها) أي لغلتها لان الاطعام اذا أضيف الى
ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا من اطلاق السبب وارادة المسبب كذا ذكره بعضهم تبعا
للشرنبلالي وتعقبه شيخنا بان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا للحكم والارض لا تفضي اليه فلهذا
جعل الجمهور كالزيلعي والعيني والدرر والبحر والدر والحموي علاقة المجاز اطلاق اسم المحل على الحال
(قوله ومنحتك ثوبي) معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على
تمليك المنافع واصل المنح ان يعطى الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك
حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وان أراد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على أصل وضعه زيلعي (قوله
ثوبي هذا وجاريتي هذه) اتى باسم الاشارة ولم يكتف باضافة الثوب والجارية الى نفسه لانه لا يلزم
من الاضافة اليه ان يكون الثوب او الجارية معينا لاحتمال ان يكون له اكثر من ثوب وجارية لانه
يشترط عدم جهالة العين المستعارة كما سبق عن البحر معزيا للخلاصة وحينئذ سقط قول السيد الحموي
ينظر ما الداعي الى اقحام اسم الاشارة في هذا وما بعده وهلا اغنت الاضافة الى نفسه عن ذلك (قوله
وحملتك على دابتي) كان الاولى اقحام اسم الاشارة هنا أيضا كما في الدرر للوجه الذي ذكرناه (قوله
اذا أراد به العارية الخ) او اطلق حملا على الادنى كيلا يلزم الاعلى وهو الهبة بالشك كما يأتي منه في الهبة
كذا بخط شيخنا قلت فلو اقتصر على قوله ولم يرد به الهبة وحذف قوله اذا أراد العارية كالشيخ العيني
لكان اولى (قوله ولم يرد به الهبة) لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته
يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى زيلعي
(قوله واخدمتك عبدي) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام عيني (قوله وداري لك الخ)
لان قوله داري لك وان كان لتمليك العين ظاهرا فهو يحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى محكم في العارية
فحملنا المحتمل على المحكم حموي ولو قال لغيره أجرتك هذه الدار شهرا بغير عوض كانت اعارة ولو لم يقل
شهرا لا تكون اعارة بحر عن الخانية (قوله اسم من الاعمار) أي اسم مصدر حموي (قوله وسكنى
تمييز) أي عن النسبة الى المخاطب وهذا أولى مما في المغرب من انه حال نعم يجوز ان يكون خبرا ولك

بلاعوض) القيد الاوّل احتراز عن
الهبة لانها تمليك العين والثاني احتراز
عن الاجارة فانها تمليك المنفعة
بعوض وقال الشافعي والكرخي
الاعارة اباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة
وثمرة الخلاف تظهر في اعارة المستعير
عندهما لا يعير لانه اباحة وعندنا
يعير لانه تمليك (وتصح) الاعارة
بأعرتك واطعمتك ارضي) أي
جعلتك طاعمها (ومنحتك) أي
اعطيتك (ثوبي) هذا وجاريتي
هذه (وحملتك على دابتي اذا أراد به
العارية) ولم يرد به الهبة (وأخدمتك
عبدي وداري لك سكنى وداري)
لك (عمري سكنى) والعمرى اسم من
الاعمار معناه جعلت سكناها لك مدة
عمرك فعمري مفعول مطلق لفعل
محذوف تقديره اعمرتها لك عمري
وسكنى تمييز

متعلق به او بالنسبة بين المبتدا والخبر كما فى قوله تعالى ان الدين عند الله الاسلام حموى عن الحفيد على صدر الشريعة (قوله ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرف ان المنحة عارية خاصة عناية ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك مالم يحدث وله ذلك زيلعى واطلاق فى قوله ويرجع المعير متى شاء فشمل مالو كانت موقتة وفيه ضرر بين بالمستعير فان الاعارة تبطل وتبقى العين باجر المثل كمن استعار امة لترضع ولده وصار لا يأخذ الا ثديها فلها أجر المثل الى الفطام بحر عن الخانية وفى الدر عن الاشباه العارية تلزم فيما اذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها وقيل نعم الا اذا شرطه وقت البيع قلت وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما اه (قوله والعارية امانة الخ) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير بخلاف المودع اذا ضمنها المستحق حيث يرجع على المودع لانه عامل له بحر واستفيد من تعليله ان المستحق اذا ضمن المستعير لا رجوع له على المعير لانه عامل لنفسه (قوله حتى لو هلكت بلا تعد لم يضمن) هذا اذا كانت العارية مطلقة فان كانت مقيدة مثل ان يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضى الوقت ضمن اذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية انتهى قال فى الشرنبلالية سواء استعملها بعد الوقت ام لا وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انه انما يضمن اذا انتفع به بعد مضى الوقت لانه حينئذ يصير غاصبا (قوله وقال الشافعى الخ) لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقد استعار عليه الصلاة والسلام درعا من صفوان يوم أحد فقال اغصبا يا محمد قال لا بل عارية مضمونة فضاع بعضها فعوض عليه النبى صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم فى الاسلام ارغب والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء فلا يضمن كالاجارة والوديعة اذ لا ضمان الا بالتعدى ومع الاذن ينتفى التعدى وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه زيلعى وقوله يوم أحد يخالفه ما فى العينى حيث قال يوم خيبر (قوله وان هلكت لا فى حال الانتفاع يضمن) هذا لا يصلح مقابلا لما قبله كما يظهر بادنى تأمل حموى قلت لو حذف ماقبله واقتصر على هذا كالزيلعى لكان أولى اذ عدم الضمان فيما اذا هلكت من استعماله المعتاد مما لا خلاف فيه بيننا وبينه (قوله وان تعدى الخ) ومن التعدى كبحها باللجام بحر (قوله ولا تؤجر العارية الخ) لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشئ لا يتضمن مافوقه درر لان الاجارة لازمة والرهن ايفاء (قوله أى كما ان الوديعة لا تؤجر الخ) بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار وصحح عدمه وتفرع عليه مالو ارسلها على يد أجنبى فهلكت يضمن على الثانى لا على الاول بحر وأما المستأجر فيؤجر ويودع ويعار ولا يرهن وأما الرهن فكالوديعة در (قوله فان أجر المستعير) اورهن درر وتنوير وينبنى على قولنا أورهن ماسيذكره شيخنا متعقبا للقهستانى (قوله فعطب أى هلك) وكذا اذا استهلكه المستأجر بتخير المعير فى التضمين أيضا لكن ان اختار تضمين المستعير رجع على المستأجر وفى الهلاك لا يرجع حموى عن المقدسى (قوله لا يرجع على المستأجر) لانه لما ملكه باداء الضمان مستندا صار كأنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف بحر عن الخلاصة واعلم انه وقع فى بعض العبارات كالدرر بدل قول الشارح لا يرجع على المستأجر لا يرجع على أحد قال القهستانى والمراد به المستأجر لا غير فلا فائدة فى النكرة العامة وتعقبه شيخنا بان سلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله وان ضمن

(ويرجع المعير متى شاء و) العارية أمانة حتى (لو هلكت بلا تعد لم يضمن) مطلقا سواء هلكت من استعمالها أو لا وقال الشافعى رحمه الله ان هلكت من استعماله المعتاد لم يضمن وان هلكت لا فى حال الانتفاع يضمن وان تعدى ضمن بالاجماع وان حمل عليها ما يعلم ان مثلها لا تحمله (ولا تؤجر) العارية (ولا ترهن كالوديعة) أى كما ان الوديعة لا تؤجر ولا ترهن (فان أجر) المستعير (فعطب) أى هلك (ضمن) المستعير حين سلمه الى المستأجر وان شاء المعير ضمن المستأجر فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر وان ضمن المستأجر يرجع على المؤجر

المستأجر

المستأجر الخ) أقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه شرنبلالية قال شيخنا حكم المرتهن في هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندي لانه قبض مال الغير بلا اذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وباداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه انتهى وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فان الثاني يرجع على الاول اذا ضمنه المالك كما في الدر عن شرح الوهبانية ونصه لا يملك المرتهن ان يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثاني على الاول انتهى (قوله اذا لم يعلم انه كان عاريه) دفعا للضرر والغرور عنه درر (قوله لم يرجع) كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب لانه لم يغره درر (قوله ويعير ما لا يختلف الخ) سواء عين منتفعا اولا وقوله في الدرر ان عين منتفعا فان فيه واصلة بدون واو وان كان قليلا كما في قوله تعالى فذكر ان نفعت الذكرى شرنبلالية (قوله ما لا يختلف باختلاف المستعمل) الا ان يقول لا تدفع الى غيرك فان دفع بعد النهي وهلك ضمن واما ما يختلف به فله ان يعير ان لم يعين منتفعا فمن استعار دابة او استأجرها مطلقا بلا تقييد يحمل عليها ما شاء ويعير له ويركب بنفسه ويركب غيره واياً فعل تعين وضمن بغيره وما في البحر عن المحيط استعار دابة ليركبها فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها معناه أنهما ركباها معا لان سبب العطب ركوبهما معا وأحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هذا ما ظهر لي ولم أر من نبه عليه (قوله وان أطلق في الاعارة) بان لم يقيدها بوقت او منفعة كمن استعار دابة للركوب او ثوبا للبس ولم يسم شيئا كان له ان يلبس ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس هو او لم يركب فاذا ألبس غيره او اركبه فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ثم في كل موضع يتقيد بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير منه او مثله كما اذا استعارها لحمل هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونها في الضرر عيني (قوله وعارية الثمنين الخ) مراده ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين ولو قيميا حتى لو قال أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها فعليه مثله او قيمته وكان قرضا الا ان يكون بينهما مباسطة فيكون ذلك دلالة الاباحة بحر عن الخلاصة وتصح عارية السهم ولا يضمن لان الرمي يجري مجرى الهلاك درر عن الصيرفية (قوله قرض) فيضمن بهلاكها قبل الانتفاع كما هو حكم القرض وانما كان كذلك لان الاعارة تمليك المنفعة ولا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض أدناهما لكونه موجبا رد المثل درر (قوله أو للغرس) بفتح الغين وكسرها بحر عن المغرب (قوله ويكلف قلعهما) لانه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما بل أيهما طلب القلع أجيب زيلعي (قوله ولا يضمن ان لم يوقت) لانها غير لازمة ولم يغره عيني (قوله وان وقت ورجع قبله الخ) وهو مكروه لان فيه خلف الوعد درر وظاهره أنها تحريمية لكن صرح القهستاني بانها تنزيهية ووفق شيخنا بحمل ما ذكره القهستاني على ما اذا وعد وكان من نيته الوفاء ثم طرأ الخلف فلا مخالفة انتهى واعلم ان التقييد بالمعير للاحتراز عن ورثته ولهذا قال في الدر ضمن فروع ذكرها اوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع الخ (قوله ضمن ما نقص) أي ما نقص البناء والغرس أي نقصانه على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة ونقص حينئذ من نقص المتعدي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول مرفوعين كذا في العناية قال قاضي زاده لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع وتصيرا معنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل

اذا لم يعلم انه كان عارية في يده وان علم بها لم يرجع عليه (ويعير) المستعير (ما لا يختلف باختلاف المستعمل) كالحمل والاستخدام والزراعة والسكنى (ولو قيده) المعير (بوقت) كيوم أو شهر (او منفعة) كما اذا قال اركب هذه الدابة (او) قيد بها الاحد او زعما سماه وان اطلق في (به الاعارة له ان ينتفع باي نوع) في اي وقت شاء (وعارية الثمنين) اي الدراهم والدنانير (والمكيل) كالحنطة والشعير (والموزون) كالذهب والفضة والعسل (والمعدود) كالجوز والبيض (قرض) فالواهذا اذا اطلق العارية اما اذا عين الجهة بان استعار صيرفي دراهم او دنانير ليعير بها دكانه او يعاير بها ميزانا او يزين بها فانه لا يكون قرضا (وان اعار ارضا للبناء او للغرس صح) الاعارة (وله ان يرجع ويكلف المعير) المستعير (قلعهما ولا يضمن) المعير ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت وان وقت) المعير (ورجع قبله ضمن ما نقص) منهما (بالقلع) وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير

هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع وتمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه رفع البناء والغرس لا غير حموي ووجه الضمان انه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد فقد اعتمد على قوله ثم غره بخلفه فيضمن عيني ومعنى قوله ما نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت زيلعي فاذا كان قيمتهما وقت مضى المدة عشرة دنانير وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين شرنبلالية عن البرهان بقي ان يقال قوله فاذا كان قيمتهما وقت مضى المدة الخ يقتضي اعتبار القيمة وقت مضى المدة وهو مخالف لما في الدر من ان القيمة تعتبر يوم الاسترداد انتهى ومثله في البحر عن الولوالجي ولا شك ان اعتبارها يوم الاسترداد أسهل (قوله قيمة غرسه وبنائه) قال في الشرنبلالية عن البرهان لو أراد تملكهما فيما اذا وقت يملكهما بقيمتهما قائمين غير مقلوعين يعني بكم يشتريان بشرط قيامهما الى المدة المضروبة لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت الخ (قوله فيكون له ذلك) لانه ماملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عنه فاذا رضي هو كان أحق بملكه شرنبلالية عن البرهان (قوله فالخيار لرب الارض) لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل أولى هداية (قوله لا تؤخذ الخ) لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك در قال في الشرنبلالية ليس في عبارته الا مراعاة حق المستعير ففي العبارة سقط هو ويترك بأجر المثل لان في الترك الخ وأجاب شيخنا بان قوله وفي الترك مراعاة الحقين أي الترك بأجر المثل فليس في العبارة سقط انتهى وكذا الحكم في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك يترك بأجر المثل زيلعي (قوله حتى يحصد الزرع) بالبناء للمفعول من الثلاثي المجرد قيل والاصح ان يقرأ بكسر الصاد من احصد الزرع اذا حان حصاده فان قال المعير أعطيك البذر ونفقتك ويكون الزرع لي ورضي به الزارع ان كان قبل ظهور الزرع لم يجز لان بيع الزرع قبل نباته لا يجوز وبعد نباته فيه كلام أشار الى الجواز في المغني حموي عن النهاية وغيرها (قوله على المستعير الخ) لان المنفعة حصلت له الا مستعير الرهن فان مؤنة الرد على المعير لان هذه اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة في يد المرتهن وللمعير ان يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة بحر عن الجانية قال ويدخل في المستعير الموصى له بالخدمة فان مؤنة رد العبد عليه قال الحموي وفائدة كونها على المستعير تظهر أيضا فيما اذا كانت العارية مؤقتة فمضى الوقت وأمسكها المستعير فهلكت ضمنها نهاية هذا اذا كان الاخراج باذن رب المال والا فمؤنة رد مستأجر ومستعار على من اخرجه در عن البزازية وفي الخلاصة الاجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب انتهى وفي اجارة الظهيرية فان شرط أجر الرد على المستأجر فسدت الاجارة وحكي عن المرغيناني انها جائزة ويجعل اشتراط الرد على المستأجر بمنزلة الزيادة انتهى ومؤنة رد مال المضاربة والشركة والبضاعة واللقطة والآبق على رب المال ورد الهبة بعد القضاء بالرجوع على الواهب حموي عن رمز المقدسي والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له (قوله وعلى المودع) لان منفعة حفظها عائدة اليه عيني (قوله وعلى المؤجر) لان منفعة القبض حصلت له وهي الاجرة عيني (قوله وعلى الغاصب) لان الرد الى المالك واجب عليه عيني (قوله وعلى المرتهن) لان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه عيني (قوله ثم رد الدابة الخ) قيد بالدابة لانها لو كانت عقد جوهر لا يردها الا الى المعير كذا في البحر والهداية وبالاصطبل لانه لو ردها الى أرض مالكها لا يبرأ بحر أيضا عن المحيط ومنه يعلم ما وقع في كلام بعضهم عن البحر حيث عزا ذلك كله للمحيط وكان من اللائق العزو اما للبحر أو غيره مما نقل عن المحيط ثم رأيت بخط شيخنا معزيا بالحاشية الاشباه للبيري ما نصه عزو الفائدة الى مفيدها من الامور المطلوبة قال ابن جماعة في منسكه الكبير صح عن سفيان الثوري انه قال نسبة الفائدة الى مفيدها من الصدق في العلم وشكره والسكوت عن ذلك من الكذب في العلم وكفره انتهى (قوله بريء من الضمان) لانه أتى بالتسليم المتعارف

قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يرضى المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك وهذا اذا لم يكن القلع مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار لرب الارض (وان اعارها) اي الارض ليزرعها المستعير (لا تؤخذ حتى يحصد) الزرع (وقت اولا) بوقت استحسانا حصد الزرع جزه حصدا وحصادا من باب طلب وضرب كذا في المغرب (ومؤنة رد) العارية (على المستعير و) مؤنة رد الوديعة (على المودع) بكسر الدال (و) مؤنة رد المستأجر (على المؤجر و) مؤنة رد المغصوب (على الغاصب و) مؤنة رد المرهون (على المرتهن وان) استعار دابة ثم (رد) المستعير (الدابة الى اصطبل مالكها) ولم يسلم (او) استعار (العبد) ثم رده الى دار المالك بريء) من الضمان استحسانا

لان

لان ردالعوارى الى دار الملاك متعارف كآلة البيت بحر عن الهداية (قوله والقياس انه يضمن) لانه لم يرده الى صاحبهما وانما صنعهما تضييعا وهو قول الثلاثة عيني وجه الاستحسان ما ذكرناه من انه أتى بالتسليم المتعارف (قوله بخلاف المغصوب والوديعة) أما الوديعة فلانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره والا لما اودعها عنده وأما الغصب فلان الواجب عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك درر والمستأجر كالوديعة بحر عن المحيط (قوله وان رد المستعير الخ) قيد بالمستعير لان المودع لو رد مع عبد رب الدابة او اجيره لا يبرأ لعدم العرف ومع عبده لا يضمن لان له ان يستحفظ وقيد بالدابة لانه لو كان شيئا نفيسا فردها الى يد غلام صاحبها ضمن لعدم العرف بحر (قوله مع عبده او أجيره الخ) لانهما من عياله (قوله لا مياومة) لانه لا يعد من عياله فلا يكون المالك راضيا به عادة (قوله لا يملك الايداع) قال به بعض المشايخ كالكرخي واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع هي ان المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداع منه قال الباقاني هذا القول أصح لان الايداع تصرف في ملك الغير بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة وتسليم العين من ضروراته فافترقا باقاني (قوله وقال مشايخ العراق انه يملك الايداع الخ) وبهذا قال الاكثر منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير فاذا ملك الاعلى فأولى ان يملك الادنى (قوله يكتب المعار) يعني المستعير عيني (قوله وعندهما يكتب انك اعرتني) لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع أولى وله ان لفظة الاطعام أدل على المراد من الاعارة لانها تختص بالزراعة واعارة الارض تارة تكون للزراعة وتارة تكون للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة درر وفائدة الكتابة امن جحود المستعير عند تطاول الزمن او موت المعير وامن المستعير من لزوم الاجر بدعوى المعير انه انما أجره وقوله انك بفتح الهمزة لانها وقعت مفعولا ليكتب فهي مصدرية ويجوز كسرها على معنى انه يكتب هذا اللفظ أعني قوله انك اطعمتني أرضك حموي

(كتاب الهبة)

وزنها فعلة بكسر الفاء لان أصلها وهبة من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد عيني (قوله المناسبة بين الكتابين الخ) وقدم العارية على الهبة على طريق الترقي من الادنى الى الاعلى أو على طريق تقديم المفرد على المركب لان التبرع بالاعيان مركب بالنسبة الى التبرع بالمنافع حموي فان المتبرع عليه بالعين ينتفع بها تارة وبمنفعتها أخرى والتبرع بالمنافع قاصر على الانتفاع بها كذا بخط شيخنا (قوله ثم هي في اللغة الخ) قال تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا الآية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله تعالى انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات قال في البحر عن النهاية ومحاسنها كثيرة حتى قال الامام أبو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة انتهى (قوله هي تمليك الخ) هذا تعريف للهبة المطلقة عن العوض لا لمطلق الهبة الشاملة للهبة بشرط العوض وما في الدرر من ان قوله بلا عوض أي بلا شرط عوض لأن عدم العوض شرط فيه اعترض بان قوله بلا عوض نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان حموي ثم رأيت الواني سبق الحموي في الاعتراض وأجاب عنه سري الدين افندي فقال هذا البحث نشأ من عدم تحقيق هذه المسئلة ويندفع بمراجعة شرح المقاصد من مباحث الماهية حيث قال فان قيل المشروط بالشئ واللازم مشروط به متنافيان فكيف يتصادقان قلت التنافي انما هو بحسب المفهوم

والقياس انه يضمن (بخلاف المغصوب والوديعة) حتى لو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه فضاعا ضمن (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة) او مسانهة لا مياومة (أو) رد (مع عبد رب الدابة أو اجيره) مشاهرة أو مسانهة (برئ) المستعير في الصورتين والمسئلة الثانية مطلقة اي سواء كان عبدا يقوم على الدواب أو غيره قيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب والاول هو الأصح (بخلاف الاجنبي) أي ان ردها مع اجنبي فهلكت ضمن دلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع من اجنبي وقال مشايخ العراق انه يملك الايداع وعليه الفتوى وأولوا هذه المسئلة بأن وضع المسئلة فيما اذا كانت العارية مؤقتة وقد انتهت العارية بانقضاء مدتها فانه يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق ومن أعار ارضا بيضاء للزرع وأراد كتابة الصك (يكتب المعار انك اطعمتني ارضك) عند أبي حنيفة وعندهما يكتب انك اعرتني وانما قال ارضك اشارة الى أنه في اعارة الارض يكتب اطعمتني وفي غيرها يكتب انك اعرتني اجماعا

(كتاب الهبة)

المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما تمليك بغير عوض ثم هي في اللغة ايصال النفع الى الغير مالا كان او غير مال وفي الشرع (هي تمليك العين بلا عوض) قوله تمليك العين

بمعنى ان هذا المفهوم لا يكون من ذلك وهو لا ينافى الاجتماع فى الصدق كالانسان المشروط بالنطق والحيوان المشروط به وانما التنافى فى الصدق فى المشروط بالشئ والمشروط بعدمه الخ ولا يرد على التعريف هبة الدين ممن عليه لانها مجاز عن الاسقاط وأما تمليك الدين من غير من عليه فيصح بشرط ان يأمره بقبضه رجوعه الى هبة العين فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وان لم يأذن فى القبض لم يجز بحر عن المحيط مع زيادة قال الحموى ومنه يعلم ان تصييره معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح مالم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى وسببها ارادة الخير للواهب كما فى التنوير وشرط صحتها فى الواهب كونه مكلفا ولو حكما حرا مالكا فلا تصح هبة المجنون والصغير والعبد ولو مكاتبا أو أم ولد أو مدبرا ومبعضا وغير المالك وانما قلنا ولو حكما ليشمل السكران وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع متميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم حتى يصح الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها ولو ابرأه على انه بالخيار صح الابراء وبطل الخيار وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وركنها الايجاب والقبول ولو دلالة وانما حنث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لانه انما منع نفسه عما هو فى وسعه ويقضى بالبيع وأجاب المقدسى بأن الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع بخلاف البيع (تتمة) حيلة هبة المشغول ان يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسلمه الدار وفى الاشباه هبة المشغول لا تجوز الا اذا وهب الاب لطفله قلت وكذا الدار المعارة والتى وهبتها لزوجها الا ان المرأة ومتاعها فى يد زوجها ادر وفى جامع الفتاوى وهب له دارا ثم المتاع أو اودعه او نصفها فارغة ثم نصفها فى المجلس أو فى غيره ثم سلمه يصح وبعد التسليم لا انتهى (قوله احترازعن الاعارة) والاباحة والاجارة وسيأتى عن القهستانى معزيا للنظم ان الهبة مطلق التمليك الشامل لتمليك العين أو المنفعة (قوله اذ هى فى المعنى بيع) صوابه اذ هو حموى (قوله وتصح بايجاب الخ) أطلقه فشمل ما اذا كان على وجه المزاح فان الهبة صحيحة بحر عن الخلاصة ورده المقدسى على ما ذكره الحموى بأنه ليس فى الخلاصة ما يفيد دعواه والذى فيها انه طلب الهبة مزاحا لا جدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لان الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا ثم رأيت القهستانى ذكر أنها تمليك الغير ولو هزلا الخ وشمل ما اذا قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها وكذا لو قال أذنت الناس جميعا من أخذ شيئا من ثمر نخلى فهو له قال فى البحر وظاهر ما فى المنتقى ان من أخذ شيئا ولم تبلغه مقالة الواهب لا يكون له الخ واقول فى جامع الفتاوى عن القنية لو قال رجل من يتناول من مالى فهو مباح فتناول رجل من غير ان يعلم اباحته جاز الخ واختلف فى ان ركنها الايجاب والقبول أو الايجاب فقط والى الثانى ذهب صاحب الهداية والوقاية واعلم ان المراد بالايجاب خصوص ما يوجد من طرف الواهب يدل عليه ما نقله القهستانى عن الخلاصة وغيرها من أن القبول ليس بركن ونقل عن الكرمانى ما يفيد ذلك أيضا حيث قال الايجاب فى الهبة عقد تام الخ فقولهم الايجاب ما يتلفظ به أولا ليس على اطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات (قوله كوهبت ونحلت واطعمتك هذا الطعام) أما الاول والثالث فلانهما صريح فى الهبة وأما الثانى فلكثرة استعماله فيه بخلاف اطعمتك ارضى فانه عارية لرقبتها واطعام لغلتها لانها لا تطعم عينى ودرر وروى النعمان ابن بشير انه قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع فابت أمى الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملنى أبى على عاتقه الى الرسول عليه السلام واخبره فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور عناية واستفيد من قوله عليه السلام هذا جور حرمة تفضيل بعض الاولاد على بعض فما فى البحر من انه يكره تفضيل بعض الاولاد على بعضها الا لزيادة فضل اى كراهة تحريم (تتمة) يقال نحل ينحل نحلة بكسر الحاء فى الماضى وفتحها فى المضارع تقول نحله كذا أى اعطاه اياه بطيب نفسه بلا عوض والنحل بالضم مصدر نحله والنحلى العطية بوزن حبلى شيخنا عن الصحاح والمختار (قوله واطعمتك هذا الطعام) زاد صاحب الدرر كلمة فاقبضه تبعا لما فى المحيط فقال اضافة الاطعام الى

احترازعن الاعارة وبلاعوض احتراز عن تمليك بعوض اذ هى فى المعنى بيع (وتصح) الهبة (بايجاب) من الواهب كوهبت ونحلت) أى اعطيت (واطعمتك هذا الطعام

ما يطعم

ما يطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فاذا احتمل الامرين فاذا قال اقبضه دل ذلك على ان المراد التمليك الخ
(قوله وجعلته لك) لان اللام للتمليك بخلاف جعلته باسمك فانه ليس بهبة وكذا هي حلال لك الا ان
يكون قبله كلام يفيد الهبة درعن الخلاصة (قوله واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من أعمر عمرى
فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له
فصح التمليك و بطل الشرط كذا لوقال أعمرتك هذه الدار حياتك فاذا مت فهي لي لان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة زيلعي وبحر (قوله ناويا به الهبة) لانه نوى محتمل كلامه ومثله اخدمتك هذه الجارية
بحر (قوله وكسوتك هذا الثوب) لانه يراد به التمليك قال تعالى في الكفارة أو كسوتهم لان الكفارة
لا تتأدى بالمنافع زيلعي ولودفع لرجل ثوبا وقال اكس نفسك كان هبة ولودفع له دراهم وقال انفقها
كان قرضا خلاصة ولوقال متعتك بهذا الثوب او بهذه الدراهم فهو هبة محيط بحر (قوله لا هبة سكنى
اوسكنى هبة) بنصب هبة فيهما على الحال أو التمييز يعني انها عارية فيهما لان السكنى محكم في تمليك المنفعة
فكان عارية قدم لفظ الهبة او اخره ولوقال هي لك هبة اجارة كل شهر بدرهم او اجارة هبة فهي اجارة غير
لازمة ولوسكن وجب الاجر وحاصله ان اللفظ ان انبأ عن تمليك الرقبة فهبة او المنافع فعارية او احتمل
اعتبرت النية بحر ودرر وعند عدم النية يثبت الادنى وهو العارية وهذه المسئلة أعني داري لك هبة سكنى
لا ترد على تعريف الهبة بانها تمليك العين الخ لانه بالنسبة للهبة المطلقة بان كانت غير مقيدة فلهذا كانت
لتمليك المنفعة بخلاف تسكنها حيث لا ينافي ثبوت الملك في العين لانه لتنبيه على ماهو المقصود فلم يكن
للتقييد وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الاسقاط كما سبق فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة وكذا
لا يرد على التعريف الوصية لان المتبادر من تعريفها بانها تمليك العين أي حالا على ان الكرماني ذكر انها
هبة معلقة بالموت ثم رأيت في القهستاني ما يفيد كون العارية من افراد الهبة حيث قال بعد ان عرف الهبة
بانها تمليك العين مانصه و يخرج عنه الاجارة والعارية والهايأة لكن في النظم ان الهبة عموم التمليك
حتى لوقال وهبت لك هذه الدار او الثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهرا فقيل يصح انتهى لكن اللائق
التعريف الذي ذكره المصنف ما قدمناه من الجواب بان سكنى للتقييد (قوله لا مدخل له في الهبة الخ) بل
تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه درر (قوله وقبول)
ولوفعلا ومنه ما قدمناه لوقال قد وهبت جاريتي هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون
له وكان أخذها قبولا وما في المحيط من انه لا يشترط في الهبة القبول مشكل بحر وأقول يمكن الجواب بان
المراد بالقبول القبول بالقول (قوله أي تصح بايجاب وقبول) أي في حق الموهوب له أما في حق
الواهب فتصح بالايجاب وحده لانه تبرع حتى لوحلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر وبعكسه
حنث بخلاف البيع درر وفي قول الشارح وقبول من جانب الموهوب له اشارة اليه (قوله وقبض منه)
أي لا بد من القبض لثبوت الملك لا للصحة بحر والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب من رجل ثيابا
في صندوق مقفل ودفع اليه الصندوق لم يكن قبضا وان كان مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه ولو نهاه عن
القبض لم يصح قبضه مطلقا ولو في المجلس لان الصريح أقوى من الدلالة تنوير وشرحه واعلم ان اشتراط
الاذن للقبض في غير المجلس مخالف لظاهر ما في التتارخانية ونصه قال أبو بكر اذا قال الرجل لغيره وهبت
عبدي منك والعبد غائب فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة قال أبو الليث و بقول أبي بكر نأخذ
انتهى (قوله بلا اذنه اذا كان في المجلس الخ) والقياس ان لا يجوز بلا اذنه لانه تصرف في ملك الغير
فلا يجوز الا باذنه وبه قال الشافعي وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض عيني فكما لا يشترط للقبول اذنه بعد
الايجاب فكذا القبض خلافا لما يتوهم من عبارة الدرر حيث قيد بقوله اذا قبض الموهوب باذنه ولهذا
قال في الشرنبلالية انه مخالف لما قدمه اذ لا يشترط الاذن صريحا في مجلس الهبة فتنه المطلق أحسن

وجعلته لك) عمرى (وأعمرتك هذا
الشئ ويصح) بقوله (حملتك على هذه
الدابة) حال كونه (ناويا به) الهبة
مطلقا سواء قال السلطان أو غيره قيد
به لانه لوقال حملتك على هذه الدابة
ولم ينو الهبة يكون عارية وقيل هو من
السلطان هبة مطلقا (و) بقوله
(كسوتك هذا الثوب و) بقوله
(داري لك هبة) أي من جهة الهبة
(تسكنها) قوله تسكنها لا مدخل له
في الهبة حتى لولم يقل تسكنها تكون
هبة أيضا (لا) بقوله داري لك (هبة
سكنى او) داري لك (سكنى هبة
وقبول) أي تصح بايجاب وقبول من
جانب الموهوب له (وقبض) منه (في
المجلس بلا اذنه وبعده به) أي تصح
الهبة ان قبض بلا اذنه اذا كان
في المجلس

انتهى (قوله وان قبض بعد الافتراق لا تصح الا باذنه) لانا اثبتنا التسلط فيه الحاقاله بالقبول وهو يتقيد بالمجلس عيني ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية اختلفوا فيه قال أبو الليث هي قبض عند محمد لا عند أبي يوسف والمختار الاكتفاء بالتخلية في الصحيحة لا الفاسدة درر وقول العيني لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح تعليل لمسئلة ذكرها الزيلعي وسقطت من قلم العيني هي قوله بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الصريح يفوق الدلالة كذا نبه عليه الشيخ شاهين (قوله وقال مالك رضي الله عنه يثبت الملك فيه قبل القبض) كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضته ولا حزته وانما هو مال الورثة فلو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك زيلعي والجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها يقال جد الثمرة يجدها جدا ومنه حديث أبي بكر كذا ذكره ابن الاثير في الجيم مع الدال والوسق ستون صاعا كما في مختار الصحاح (قوله ثم يصح بايجاب وقبول) اعاده ليعطف عليه متعلق الجار في قوله في محوز حموي وقوله ليعطف عليه أي على المعاد وهو قول المصنف وتصح بايجاب الخ وقوله متعلق الجار هو قول الشارح ويثبت الملك في محوز الخ كذا بخط شيخنا (قوله محوز) أي مجموع احترازا عما لو وهب الثمر على النخل بدونها او الزرع بدون الارض ومحوز بوزن مقول اسم مفعول من حازه اذا جمعه (قوله مقسوم) معناه انها تملك بهذا الشرط لان الصحة متوقفة على القسمة لانه لو وهب شائعا يقسم تصح الهبة من غير ملك ولهذا لو قبضه مقسوما ملكه ولو كان شرطا للصحة لاحتيج الى تجديد العقد بحر (قوله ومشاع لا يقسم) كالعبد والدابة فاكتفى بالقبض القاصر فيه لان القبض الكامل لا يتصور فيه والصدقة كالهبة ثم الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ان كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان للقاضي ان يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتملها كالدار والبيت الكبير وان كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها كالحمام ويشترط لصحة هبة المشاع الذي لا يحتملها ان يكون قدرا معلوما فلو وهبه نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز للجهالة واعلم ان هبة المشاع فيما لا يقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لانها لا تمكن واما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية لانها اعارة فان كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه والجبر على الاعارة غير مشروع وفي رواية تجب بحر واعلم ان الدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح زيلعي وكلامه يعطي ان هبة المشغول فاسدة والذي في العمادية انها غير تامة قال السيد الحموي في حاشية الاشباه فيحتمل ان في المسئلة روايتين كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة هل هي فاسدة او غير تامة والاصح كما في البناية انها غير تامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ما وقعت الاشارة اليه في الدر المختار حيث قال والاصل ان الموهوب ان مشغولا بملك الواهب منع تمامها وان شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا يصح وبعكسه يصح في الطعام والمتاع والسرج فقط انتهى فأشار الى احد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام والى القول الثاني بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه أو الدقيق الذي في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يدا للواهب على الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قائمة في الظرف وهو آلة الحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد في التبع لا يوجب قيامها في الاصل (قوله لا فيما يقسم) ولو من شريكه على المذهب وقيل يجوز لشريكه وهو المختار والمفسد هو الشيوع المقارن لا الطارئ كما اذا وهب ثم رجع في البعض الشائع والاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا

استحسانا وان قبض بعد الافتراق لا تصح الا باذنه وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض ثم يصح بايجاب وقبول ويثبت الملك (في) شيء (محوز مقسوم و) في شيء (مشاع لا يقسم لا فيما يقسم)

كتاب

كما زعمه صدر الشريعة وان تبعه ابن الكمال درفلو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الارض ومما لا يحتملها الدرهم الصحيح حتى لو وهب درهما صحيحا لرجلين صح ولو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهما منهما فان كانا مستويين لم تجز الهبة الا ان يفرز أحدهما وان كانا مختلفين تجوز لعدم احتمالها كذا في البحر ثم قال وأفاد انه لو دفع درهمين الى رجل وقال أحدهما هبة لك والآخر امانة عندك فهلكا يضمن درهم الهبة وهو في الآخر أمين انتهى قاضيخان وفي الدر وهب لرجلين درهما ان صحيحا صح وان مغشوشا لا لانه مما يقسم لكونه في حكم العروض معه درهمان فقال لرجل وهبت لك أحدهما أونصفهما ان استويا لم يجز وان اختلفا جاز لانه مشاع لا يقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا (قوله وقال الشافعي تصح) لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب والوصية ليس من شرطها القبض وكذلك البيع الصحيح وأما في البيع الفاسد والصرف والسلم والقرض فالقبض غير منصوص عليه فلا يراعى كماله قال الزيلعي وقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل الخ (قوله فان قسمه وسلمه صح) لان تمامها بالقبض وعنده لا شيوع ولو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب زيلعي وظاهره يعطي ترجيح ان الهبة الفاسدة لا تفيد الملك بالقبض وقد قدمنا اختلاف التصحيح في ذلك لكن ذكر في الدر ان المفتى به افادتها الملك على خلاف ما صححه في العمادية قال ولفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة قال في الدرر نعم أما على قول من لا يرى الملك بالقبض فظاهر وأما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد قال في الشرنبلالية وهذا غير ظاهر لان قوله فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجها الا على القول بعدم الملك والا فكيف يكون مالكا وضامنا ونظر فيه الشيخ شاهين بان المقبوض في البيع الفاسد مملوك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكا وضامنا فكان الجواب مستقيما وكان القول بالضمان متجها حتى على قول من قال بملك الموهوب فاسدا انتهى وكما لا يمنع من الرجوع في الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من باقي الموانع كما في العمادي شيخنا عن القهستاني ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة ما في البحر عن الاسعاف من انه اذا وقف الارض التي وهبت له هبة فاسدة صح الوقف وعليه قيمتها (قوله وان وهب دقيقا في بر الخ) لانه معدوم فلا يملك الا بعقد جديد بخلاف لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في ارض وتمر في نخل لانه كمشاع فلو فصله وسلمه جاز زوال المانع وهل يكفي فصل الموهوب له باذن الواهب ظاهر الرز وايه نعم تنوير وشرحه واعلم انه قد وقع لصاحب الدرر هنا اشتباه حيث قال ويجوز هبة البناء دون العرصة اذا أذن الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه او نخل فيها تمر دونه اذا امره بالحصاد والجداد الخ قال عزمي زاده هذا غلط اشتبهت عليه المسئلة مع عكسها وهي هبة زرع بدون ارضه وهبة تمر بدون شجره فانه يصح استحسانا ان أمره بالحصاد والجداد وفعل بخلاف ما ذكره حيث لا يصح مطلقا لانه متصل به اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا تتم بدون الافراز والحيازة كما في الكافي وأيضا هبة البناء دون الارض من قبيل هبة زرع بدون ارضه لا من عكسه فجعل صاحب الدرر اياها مع هبة الارض بدون زرعها من غلط واحد غلط صريح انتهى (قوله لو في يد الموهوب له) لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده امانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل انه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس هذا اذا كان الموهوب

وقال الشافعي تصح ونعني بالمحوز
ان يكون مفرغا عن املاك الواهب
وحقوقه وبما لا يقسم ما لا يحتمل
القسمة أي لا يبقى منتفعا به بعد
القسمة اصلا كعبد واحد ودابة
واحدة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة
من جنس الانتفاع الذي كان قبل
القسمة كالبئر الصغير والحمام الصغير
والثوب الصغير ونعني بالمقسوم ان
يبقى منتفعا به في الحالين قبل القسمة
وبعدها فان وهب شيئا مشاعا
فسدت الهبة (فان قسمه وسلمه) الى
الموهوب له (صح وان وهب دقيقا في
بر لا) يصح (وان طحن وسلم) اليه
(وكذا الدهن في السمسم والسمن في
اللبن وملك) الموهوب (بلا قبض
جديد لو) كان الموهوب (في يد
الموهوب له

مضمونا في يده كالغصب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لكن لما لم يكن عاملا للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية زيلعي واعلم ان في قول الزيلعي فيبرأ عن الضمان اشارة الى ان العين المرهونة تكون مضمونة في يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازا عما اذا كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة ومضى وقت يتمكن من قبضها لان العين وان كانت في يده مضمونة الا ان هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر غاية عن شرح الاقطع (قوله وهبة الاب الخ) لان قبضه ينوب عنه كذا من له ولاية على الطفل في الجملة وهو كل من يعوله فدخل الاخ والام عند عدم الاب لو في عيالهم تنوير وشرحه وليس المراد من عدم الاب خصوص موته بل ما يشمل غيبته المنقطعة ولو عبر به كما في البحر لكان أولى لانه حينئذ يعلم الحكم في الموت بالطريق الاولى والاصل ان كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالايجاب درر وما في الدرر والزيلعي من قوله لانه وليه فيشترط قبضه قال في الشرنبلالية حق العبارة فلا يشترط قبضه (قوله وهبت هذا الشيء لابني) يشير الى ما في الدرر من انه لا بد وان يكون الموهوب معلوما (قوله أو يد مودعه) لان يد المردع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه زيلعي قال الشيخ شاهين يؤخذ من العلة ان هبة الاب لطفله العين المعارة لا تصح انتهى ووجهه ان المستعير قابض لنفسه كالمستأجر ونحوه قال شيخنا ولم اقف عليه بعد التتبع لكلام الزيلعي والنهاية والعناية والبحر وقاضيخان ثم رأيت في البزازية صرح بالجواز حيث قال هبته من ابنه الصغير تتم بلفظ واحد ويكون الاب قابضا بكونه في يده أو يد مودعه أو مستعيره انتهى ووجهه عدم لزومها أي العارية فلا اعتبار بالدلالة مع وجود الصريح انتهى بقي ان يقال شمل اطلاقه ما لو كان الذي وهبه لابنه عبدا آبقا وارسله في حاجته قبل عوده فانها صحيحة كما في البحر لكن يعكر على صحة الهبة في الآبق ما نقله شيخنا عن منية المفتي حيث قال سقطت لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على الطلب والقبض فطلب وقبضها فالهبة باطلة لان في قيامها وقت الطلب خطرا انتهى ووجهه ان الآبق في وجوده خطر اللهم الا ان يحمل على ما اذا علم وجوده وقت الهبة ثم رأيت في الدرر ما نصه ويجوز هبة آبق متردد في دار الاسلام لطفله لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار عليه فمنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز وقد مر في باب استيلاء الكفار انتهى (قوله وكذا اذا وهبت للطفل امه الخ) وكذا كل من يعوله ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه في صناعة ودخل الملتقط ويملكه الصغير بمجرد الهبة والصدقة في هذا كله كالهبة زيلعي وبحر ويباح لوالديه ان يأكلا من مأكول وهب له وقيل لا بخلاف غير المأكول حيث لا يباح الا لحاجة ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته درر وليس للاب التعويض من مال الصغير بحر (قوله وأبوه ميت) او غائب غيبة منقطعة (قوله وهو الاب أو الجد الخ) أي الاب ووصيه والجد ووصيه على هذا الترتيب ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم او اجنبيا واذا قبضها الاجنبي أو غيره غير الاربعة ليس له الانفاق منها كذا في البحر ومقتضاه ان غير الاربعة ليس له الانفاق منها ولو كان وصي القاضي فليراجع (قوله في حجرهما) بالفتح والكسر والجمع الحجور شيخنا عن الصحاح وحجر الانسان حضنه وهو ما دون ابطه الى الكشح ومعنى كونه في حجره انه في كنفه ومنعته حموي (قوله وتتم بقبضه ان عقل) ولو مع وجود أبيه لانه في النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له اعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته لا يصح قبوله والمراد بالعقل هنا

ان

وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) أي بقوله وهبت هذا الشيء لابني فلان ولا فرق بين ان يكون هذا الشيء في يده أو في يد مودعه وانما قيد بقوله لطفله لانه لو وهب شيئا لابنه الكبير يشترط قبضه وان كان في عياله ولا يكتفى بقبض ابيه عندنا و(كذا اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو في عيالها وابوه ميت ولا وصي له جازت الهبة (وان وهب له اجنبي تتم بقبض وليه) وهو الاب عند عدم الاب والجد ابو الاب او وصيهما (و) بقبض (امه واجنبي لو) كان الطفل (في حجرهما) قيد به لانه لو لم يكن في حجرهما لا تتم بقبضهما بخلاف الولي حيث لا يشترط كونه في حجره (و) تتم (بقبضه ان عقل)

ان يكون مميزا يعقل التحصيل وصح رده لها كقبوله كما فى البحر واختلف فيما لو قبض من يعوله والاب حاضر فقيل لا يجوز والصحيح هو الجواز على ما اعتمده المصنف فى شرحه درو يجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف هكذا شرح عليه الزيلعى والبحر ولم يوجد فى غالب نسخ الشارح قال الزيلعى واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها فى الصحيح ولو قبض الاب جاز وكذا لو قبضتها ان كانت عاقلة وقيد بالهبة لانه لا يملك قبض ديونها مطلقا ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور واذا قبضه العبد ملكه المولى لانه كسب عبده وكذا المكاتب لكن لا يملكه المولى لانه أحق باكسابه بحر وقدمنا كراهة تفضيل بعض الاولاد فى الهبة حالة الصحة الا لزيادة فضل ولو وهب ماله كله لواحد جاز قضاء واثم والمختار التسوية بين الذكر والانثى فى الهبة ولو كان ولدها فاسقا فأراد صرف ماله فى الخير وحرمانه فهذا خير من تركه لان فيه اعانة على المعصية ولا يعطى للفاسق اكثر من قوته ولو اتخذ لولده أو تلميذه شيئا ثم اراد اعطاءه لغيره ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ انه عارية وثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة ووضعوا بين يدى الصبى هدايا الختان فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له والا فان المهدى من اقرباء الاب او معارفه فللاب وان من اقرباء الام او معارفها فللام سواء قال هذا للصبى ولم يقل ولو قال اهديت للاب او للام فالقول قوله وكذا زفاف البنت ولا يجوز ان يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض بحر ودرر والزفاف بكسر الزاى مصدر زففت المرأة ازفها زفا وزفافا ترح آفندى والمراد بالزفاف بعثها الى بيته قهستانى (قوله وان وهب اثنان لواحد دارا صح) لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع عينى (قوله لا عكسه) وهو ان يهب من اثنين كبيرين ولم يبين نصيب كل واحد عند أبى حنيفة لانه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل انه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت فى حصته دون الآخر فعلم انهما عقدان بخلاف البيع فانه لو قبل أحدهما لا يصح لانه عقد واحد قيد بالهبة لان الرهن من رجلين والاجارة من اثنين جائز اتفاقا وقيد بكون الواهب واحدا لانه لو كان اثنين والموهوب له كذلك لا يجوز اتفاقا نهاية وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين لانه لو كان أحدهما كبيرا والآخر صغيرا وهو فى عياله لا تجوز الهبة اتفاقا لانه حين وهب صار قابضا حصة الصغير فبقى النصف الآخر شائعا محيط وقيدنا بعدم البيان لانه لو بين بان قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عند أبى حنيفة وابى يوسف وان قبضها وقال محمد يجوز ان قبضها وقيد بالدار ومراده ما يحتمل القسمة لان ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقا وقيد بكون الموهوب له اثنين لانه لو كان واحدا فوكل اثنين بقبضها فقبضاها جاز خانية كذا فى البحر (قوله وعندهما يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أقوى منه فى الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يقسم أيضا بخلاف الهبة والجواب عنه من طرف الامام فى الزيلعى (قوله وصح تصدق عشرة وهبتها الخ) هذ رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق بينهما ان الصدقة يبتغى بها وجه الله وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو أوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان وهذا كله قول أبى حنيفة واما عندهما فالهبة من شخصين جائزة فالصدقة اولى عينى وصحح فى الهداية ما ذكره المصنف من الفرق والمراد من نفى الصحة نفى الملك فلو قسمها وسلمها صحت بحر

(باب الرجوع فى الهبة)

ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف (وان وهب اثنان دارا) مشتركا بينهما (لواحد صح لا عكسه) أى لا يصح لو وهب واحد دارا من اثنين عند أبى حنيفة وعندهما يصح (وصح تصدق عشرة) من الدراهم (وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أى لا يصح هبتها وصدقتها للغنيين وقال أبو يوسف ومحمد يجوز كله وانما خص العشرة بالذكر تبعا للجامع الصغير فانه وضع المسئلة فى الجامع الصغير هكذا
(باب الرجوع فى الهبة)
اذا وهب هبة لاجنبى

يعني الموهوب لان الرجوع انما يكون في حق الاعيان لا في حق الاقوال ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه وقبل وقبض له الرجوع لان الهبة هنا تمليك لا اسقاط حموي واطلق الرجوع في الهبة فانصرف الى الاعيان فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونه اسقاطا بحر (قوله صح الرجوع) أي مع الكراهة تحريما وقيل تنزيها ولو مع اسقاط حقه في الرجوع در ويدخل في الهبة الصدقة فللمهدي الرجوع كما في المنية شيخنا عن القهستاني وقيد بالهبة لان الصدقة لا يصح الرجوع فيها لان القصد بها الثواب فقد حصل العوض حموي وافاد في الشرنبلالية انه لا رجوع في الهبة للفقير لانها صدقة انتهى (قوله من ليس بذي رحم محرم) خرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذي رحم ولهذا قال في الدرر ومنه المحرمية بالقرابة واحترز به عن المحرمية بالسبب لا النسب الخ والمراد بمحرمية السبب اما الرضاع او المصاهرة فالمراد من قوله خرج به من كان ذا رحم يعني من النسب والا فلا يخرج من الرضاع لو كان ابن عم يصدق عليه انه رحم محرم كذا ذكره شيخنا والحكم المذكور في القرابة صحيح ولو مع اختلاف الدين شرنبلالية بل وان كان حربيا كما سيأتي عن القهستاني (قوله وقال الشافعي لا رجوع فيها) لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الواهب فيما يهب لولده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما روى ان لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق ويسمى ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة درر أو المراد انه لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو أي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزا في الحكم نهاية وقال الزيلعي بعد ما أجاب بما أجاب به صاحب الدرر على ان لا نسلم ان الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق به ان يرجع فيه الا الواهب فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه السلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه السلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أي لا يليق به ان يكذب أو يزني وهو مؤمن لانه ينافي صفة الايمان بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا اهـ أي قبيح من حيث العادة لا الشرع لان الشرع مكنه من الرجوع وبمذهب الامام الشافعي قال الامام مالك وأحمد في ظاهر مذهبه ويثب في الحديث السابق بضم الياء التحتية وفتح الثاء المثلثة مضارع مجهول مجزوم من أثاب يثيب أي عوض عزمي زاده (قوله سبعة أشياء) مأخوذة مما قيل

ومانع عن الرجوع في الهبه * يا صاحبي حروف دمع خزقه

(قوله حروف دمع) في هذا المزج تغيير لاعراب المتن الا ان يقال ان المصنف حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فارتفع ارتفاعه ومزج الشارح بيان لاصل ذلك حموي والمعنى التركيبي ان دمعه لكثرته بحال كان اطرافه تسيل تجرح وجهه فالحرف الطرف وخزقه نفذ فيه قهستاني (قوله الزيادة المتصلة) ولو زادت قبل الرجوع كما اذا شب الصغير ثم شاخ لانه لا وجه للرجوع في الموهوب دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد بحر لكن في الخانية الزيادة لو ذهبت كان له الرجوع واعتمده القهستاني كذا قيل وأقول ماذكره في الخانية من ان له الرجوع اذا ذهبت الزيادة صرح به في البحر أيضا فكان المناسب ذكره العزو للبحر بعد قوله لكن في الخانية الخ بقي ان يقال علل في الدر لما اعتمده القهستاني موافقا للخانية بقوله لان الساقط لا يعود وهو صريح في ان قاضيخان لا يخالف ماذكره الزيلعي بل يقول بعدم الرجوع أيضا وهو خلاف ما في البحر عن الخانية فتنبه (قوله كالغرس) كذا السمن والجمال والخياطة والصبغ والقصر في الثوب وكبر صغير وسماع أصم وابصار اعمى واسلام عبد ومداواته وعفو جناية كذا في الدر وقوله ومداواته يعني كان مريضا فداواه بخلاف

ما اذا مرض عنده فداواه حيث لا يمتنع الرجوع كما في البحر عن المحيط (قوله بالكسر) وبالفتح كما سبق (قوله فلا يسقط حق الرجوع) الا في القطعة التي بنى فيها أو غرس زيلعي كذا قيل وأقول ما ذكره الزيلعي مفروض فيما اذا كان البناء او الغرس بقطعة من الارض موجبا لزيادة القيمة فيها فلهذا امتنع الرجوع في القطعة التي بها البناء والغرس دون غيرها وما ذكره الشارح مفروض فيما اذا لم يوجب زيادة القيمة أصلا بدليل قول الشارح أما اذا لم يزد لما لكه مالية الى قوله لا يعبأ به فكان قوله لا يسقط حق الرجوع على اطلاقه ومن هنا تعلم ان استثناء القطعة التي بها البناء أو الغرس غير صواب وان أردت زيادة الايضاح فعليك بمراجعة الشرنبلالية فيها عن الخانية مفروض فيما ذكرناه (قوله فانها ليست بزيادة حقيقة) بالمعنى المتقدم وهو الحقيقة الشرعية بل نقصان نظرا لذلك وان كانت زيادة في العين حقيقة حموي (قوله من زوج أو فجور) فيه يفيد امتناع الرجوع لو كانت الولادة باستيلاد سيدها الموهوب له لانها به كالزائلة عن ملكه لما ثبت لها من أمومية الولد وهي لا تقبل الفسخ لقوله عليه السلام أعتقها ولدها كذا ذكره شيخنا بعقها ومنه يعلم خطأ من افتى بان له الرجوع حين سئل عنه بمكة ولهذا قال السيد الحموي فيه أي في الافتاء بالرجوع تأمل ولم يبين وجهه ووجهه ما ذكرته (قوله ان يرجع فيها دون الولد) يعني اذا استغنى ولدها فهي حاملا كن نقل البرجندي عن غيره انه قول أبي يوسف ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع قال في السراج لا وقال الزيلعي نعم وفي الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو المختار كذا في الدر وفي اقتصاره على ذكر الوطء اشارة الى انها لو حبلت لا ترد وهو كذلك فيما يظهر وينبغي ان يكون من محل الخلاف وما نقل عن السراج والزيلعي من الخلاف ينبغي حمله على ما اذا كان الحمل من غير السيد بدليل ما قدمناه عن شيخنا من انها بالاستيلاد تصير كالزائلة عن ملكه (قوله وان كانت الزيادة في السعر فله ان يرجع) لانه لا زيادة في العين (قوله واذا وهب عبدا فعلمه القرآن أو الحرفة الخ) كذا لو علمه الكتابة او كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع لحدوث الزيادة في العين كما في البحر وان كانت معنوية الكن في الزيلعي والعيني ما يخالفه فليراجع (قوله لا يرجع عند أبي يوسف) قال الحموي وهو المختار كما في الملتقطات (قوله وفي قول زفر يرجع) لان هذه ليست زيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر وروى الخلاف بالعكس زيلعي (قوله وكذبه الواهب الخ) وفي المحيط لو قال رجل وهب لك مورثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته بل بعد وفاته وقال الموهوب له قبضته في حياته والعبد في يد الوارث فالقول للوارث لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض فيه ومقتضى التقييد بكون العبد في يد الوارث انه لو كان في يد الموهوب له ان لا يكون القول للوارث بل للموهوب له (قوله فالقول للواهب) لانه ينكر لزوم العقد زيلعي وذكر في الخانية تفصيلا حسنا وهو ان الزيادة المتولدة كالجمال في الصغيرة اذا انكر الواهب وجودها عند الموهوب له كان القول قوله وأما في البناء والخياطة فالقول للموهوب له وهكذا ذكر في المحيط الا انه استثنى ما اذا كان لا يبنى في مثل تلك المدة بحر (قوله موت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب وخيار التعيين ولان الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب زيلعي هذا اذا مات أحدهما بعد التسليم فلو قبله بطلت ولو اختلفا والعين في يد الوارث فالقول للوارث كما في الدر وسبق عن البحر قال وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال

كفارة دية خراج ورابع * ضمان لعتق هكذا نفقات

كذا هبة حكم الجميع سقوطها * بموت لما ان الجميع صلات

(قوله خذه عوض هبتك) أفاد انه لو وهب له شيئا أو تصدق عليه ولم يذكر انه عوض لا يسقط الرجوع

بالكسر (والبناء والسمن) ونحوها مما يوجب زيادة قيمة الموهوب أما اذا لم تزد لمالكه مالية كما اذا بنى دكانا صغيرا أو غرس غرسا لا يعبأ به فلا يسقط حق الرجوع وكذا اذا ازداد زيادة توجب نقصانا كالسمن الشاخصة فانها ليست بزيادة حقيقية بل هي نقصان ... لم يمنع الرجوع ولو كان الزيادة ... الموهوب له الهبة أمة فولدت ... من زوج أو فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد وان كانت الزيادة في السعر فله ان يرجع واذا وهب عبدا فعلمه القرآن أو الحرفة لا يرجع عند أبي يوسف وفي قول زفر يرجع ولو ادعى الموهوب له الزيادة وكذبه الواهب فالقول للواهب ... (والميم موت أحد المتعاقدين) الموهوب له والواهب فان مات الموهوب له انتقل الملك الى ورثته فلا رجوع ... أو ورثة الواهب ... والعين العوض (خذه عوض هبتك) ...

قوله كفارة ... الشطر ... بزيادة واو في أوله وتشديدا ... يجوز حذفه ...

بل لكل منهما ان يرجع في هبته كذا في البحر وهو صريح في عدم الفرق بين الهبة والصدقة ويخالف ما قدمناه من انه اذا كان الموهوب له فقيرا ليس له الرجوع لانها صدقة اللهم الا ان يحمل ما هنا على ان المتصدق عليه غني فتزول المخالفة لانها حينئذ تكون مجازا عن الهبة (قوله فقبضه) يشير الى انه يشترط في العوض ما يشترط في الهبة من القبض والافراز فأفاد انه تمليك جديد وان سمي عوضا فدل على انه يجوز باقل من الموهوب من جنسه في المقدرات ولا يجوز للاب ان يعوض عما وهب للصغير من ماله وان عوض فللواهب ان يرجع لبطلان التعويض شيخنا عن البزازية وقوله من ماله أي مال الصغير والتعليل ببطلان التعويض يفيد ان للاب الرجوع بالعوض وفي الدر عن البحر قال ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع انتهى ووجهه في العبد ظاهر لان الهبة تبرع وهو ليس من أهله فاذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذا الموهوب له الرجوع بالعوض لان التعويض مبني على الهبة وقد بطلت (قوله والعوض درهم من تلك الدراهم) فالدراهم تتعين في الهبة والرجوع در عن المجتبى ولو كان الموهوب شيئين فعوضه احدهما عن الجميع ان كان في عقد واحد لم يكن ذلك عوضا وان كان في عقدين في مجلس او مجلسين فعوضه أحدهما عن الآخر فهو عوض في ظاهر الرواية لان اختلاف العقد كاختلاف العين ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها لكونه حادثا بالطحن وكذا لو صبغ ثوبا من الثياب الموهوبة او خاطه اولت بعض السويق ثم عوضه لان حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع مبسوط والمشهود عليه بالهبة اذا ضمن شهوده بعد رجوعهم لا رجوع له على الموهوب له لحصول العوض وان لم يضمنهم فله الرجوع فتح القدير ولو وهبه جاريتين فولدت احداهما فوهبه الولد امتنع الرجوع لانه ليس له الرجوع في الولد فصلح عوضا كذا في البحر ولا بد من تقييد الولادة بكونها من زوج أو فجور كما قدمه الشارح حتى لو كانت من السيد الموهوب له امتنع الرجوع في المستولدة وان لم يعوضه عنها (قوله وصح من اجنبي) لان الموهوب له لم يحصل له بهذا العوض شئ لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد زيلعي (قوله بطل حق الرجوع) مطلقا سواء كان بأمر الموهوب له أولا لان العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع درر (قوله ثم المتبرع لا يرجع على الموهوب له الخ) وكذا لا يرجع في عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك جائز درر (قوله وان أمره به الخ) واصل بما قبله والاصل ان كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر باداءه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا الا اذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه وان لم يضمن لوجوبه عليه وخرج عن الاصل ما لو قال انفق على بناء داري أو قال الاسير اشترني فانه يرجع فيهما بلا شرط رجوع در عن كفالة الخانية (قوله رجع الموهوب له على الواهب بنصف العوض) لانه لم يدفعه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات درر وهذا فيما لا يحتمل القسمة اما فيما يحتملها اذا استحق بعض الهبة بطل في الباقي ويرجع بالعوض حموي (قوله لا حتى يرد ما بقي) لانه يصلح عوضا للكل ابتداء فكذا بقاء لكنه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له العوض ومراده العوض الغير المشروط اما المشروط فمبادلة فيوزع البدل على المبدل بحر عن النهاية فاذا استحق بعضه يرجع بما قابله من المعوض وما في الدرر من قوله يرجع بما قابله من العوض صوابه من المعوض كما في الشرنبلالية ولو استحق جميع العوض فللواهب ان يرجع في كلها ان كانت قائمة لا ان كانت هالكة كما لا يرجع لو استحق بعد ان زادت الهبة خلاصة ولو استحق جميع الهبة كان له أن يرجع في جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا وهو مثلي وبقيمته ان كان قيميا تنوير وشرحه عن غاية البيان قال العلامة المقدسي يشكل ما في الغاية على ما في قبله من الخلاصة فانه جعل الزيادة مانعة من الرجوع وما في الغاية لم يجعل الزيادة مانعة من الرجوع انتهى أقول ليس في عبارة الغاية ما يفيد صريحا ان الزيادة غير مانعة غير ان اطلاق عبارته يقتضي ذلك ويمكن

فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو وهب للواهب شيئا ولم يقل خذ هذا عوضا عن هبتك او ما شاكله فلكل واحد منهما ان يرجع اما اذا كانت الهبة الف درهم اودارا والعوض درهم من تلك الدراهم أو بيت من تلك الدار لا يكون ذلك عوضا وللواهب ان يرجع في الباقي (وصح من أجنبي) اى ان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا نقبض الواهب العوض بطل حق الرجوع ثم المتبرع لا يرجع على الموهوب له بما عوضه وان أمره به ما لم يضمن له الموهوب له صريحا (وان استحق نصف الهبة رجع) الموهوب له على الواهب (بنصف العوض وبعكسه) اى ان استحق نصف العوض (لا) يرجع الواهب في الهبة بشئ (حتى يرد) الواهب (ما بقى) من العوض فحينئذ يرجع فيها وقال زفر اذا استحق نصف العوض له ان يرجع في الهبة وان كان لا يقبل القسمة (ولو عوض النصف رجع) الواهب (بما لم يعوض) الموهوب له

تقييده بعبارة الخلاصة حموى بقى ان يقال ماسبق عن الخلاصة من قوله لا ان كانت هالكة ينبغى ان يقيد بعدم الضمان بما اذا لم يكن العوض مشروطا ولم أره (قوله رجع بما لم يعوض) لان التعويض مانع فاذا وجد فى النصف يمتنع بقدره درر ولا يضر الشيوع لانه طارئ (تنبيه) نقل فى المجتبى انه يشترط فى العوض ان يكون مشروطا فى عقد الهبة أما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر درر قلت الظاهر ان الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل مطلقا وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف اطلاق فروع المذهب فتأمله (قوله خروج الهبة) لانه حصل بتسليط الواهب فلا ينقضه اطلق فى الخروج فشمل ما اذا وهب لانسان دراهم ثم استقرضها منه فانه لا يرجع فيها لاستهلاكها خانية وشمل ما اذا وهبها الموهوب له فانه لا رجوع للواهب الاول الا اذا رجع الثانى فللواهب الاول الرجوع سواء كان بقضاء اوتراض مبسوط وفى المحيط لو تصدق بها الثالث على الثانى او باعها منه لم يكن للاول ان يرجع لانه عاد اليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع انتهى ومفاده ان العين اذا عادت الى ملك الموهوب له بفسخ كان للاول الرجوع واطلق فى الخروج عن الملك فانصرف الى الخروج من كل وجه فلو ضحى الموهوب له بالشاة اونذر التصدق بها وصارت لحما فانه لا يمتنع الرجوع فى الهبة عند ابى حنيفة ومحمد لعدم الخروج عن الملك وقال أبو يوسف بامتناعه لانها خرجت عن ملكه الى الله تعالى حموى عن شرح المجمع وكذا ذبحها عن هدى المتعة والقران لا يمنع الرجوع درر عن المجتبى (فرع) عبد عليه دين او جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه اولولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الامام كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع وفى البحر عن الخانية قال وفى رواية يعود النكاح انتهى ولو ذبحها من غير تضحية فله الرجوع اتفاقا تنوير وشرحه واعلم ان صاحب الدرر ذكر مسئلة التصدق بالهبة وبيعها مقيدة بالفقر فى جانب الصدقة وبالغنى فى جانب البيع ونصه ولو تصدق به الثالث على الثانى ان كان فقيرا او باعه منه ان كان غنيا لم يرجع الاول لان هذا ملك جديد اه قال عزمى زاده لعله انما قيد بالفقر لانه لو كان بدل الصدقة الهبة لا يكون سببا جديدا كذا ضبط بعض العلماء انتهى وتعقبه شيخنا بقوله سيأتى فى كلام الدرر ان فى هبة الموهوب له العين الموهوبة للواهب انتقل الملك من الموهوب له الى الواهب ولهذا اشترط قبضه بخلاف الرجوع بالقضاء او الرضاء فانه فسخ واعادة للملك القديم وحينئذ فلا شك ان الهبة سبب جديد فسقط ما قاله عزمى عن بعض العلماء والظاهر ان قيد الفقر اتفاقى كقيد الغنى فى جانب البيع ولهذا اطلقهما فى البحر عن المحيط فجعله أى فجعل عزمى الصدقة سببا جديدا دون الهبة تبعا لبعضهم تحكم اذ قد تقرر ان كلا منهما تمليك بلا عوض انتهى ومافى الدرر من قوله فلم يشترط قبضه مفرع على ماذكره اولا من ان الرجوع بتراض أو حكم قاض فسخ لعقد الهبة من الاصل واعادة للملك القديم يدل عليه تعليله بأن القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود الملك القديم انتهى فظهر واتضح ان التفرقة التى نقلها عزمى عن بعض العلماء بين الصدقة والهبة بناء على ان التقييد بالفقر احترازى غير صحيح ومما يدل على ذلك أيضا ما ذكره القهستانى اولا حيث جعل خروجها عن ملك الموهوب له مانعا من الرجوع ولو بالهبة أو الصدقة ونصه وخروجها أى الهبة بالبيع والهبة والاعتاق والصدقة ونحوها عن ملك الموهوب له كتبدل العين انتهى ثم ذكر ثانيا بعد نحو صفحة ماهو اصرح من ذلك حيث ذكر ان الواهب الاول لا يرجع اذا وصل الموهوب الى الواهب الثانى بهبة اوارث أووصية أوشراء اوغير ذلك كما فى المحيط انتهى وانظر هل يكفى ذبح الهبة عن واجب الاضحية وان رجع فيها الواهب لم أره والظاهر انه يجزيه لان القربة تحصل بالاراقة (قوله كعدم بيع شئ) لان من له حق الرجوع فى الكل يخير بين ان يستوفى الكل أو النصف وكذا له ان يترك الكل او البعض عينى (قوله الزوجية) لانها نظير القرابة فى التواصل بدليل جريان التوارث بينهما فكان المقصود الصلة

قوله رجع بما لم يعوض تقدم هامشه فى آخر الازمة التى قبل هذه (والخاء خروج الهبة من ملك الموهوب له) بان باع الهبة او وهب لآخر (وبيع نصفها) أى رجع فى النصف الموهوب له ان وهب دارا فوهب نصفها فللواهب ان يرجع فى النصف (كعدم بيع شئ) أى ان لم يبع شيئا منها له ان يرجع فى نصفها (والزاء الزوجية)

وقد حصل درر (قوله حقها ان تكتب بالياء الخ) في الزاى خمسة أوجه من العرب من يمدها فيقول زاء ومنهم من يقول زاى ومنهم من يقول هذه زا فيقصرها ومنهم من ينون فيقول زا وهذا اقبح الوجوه لانه لم يأت اسم على حرف وتنوين ومنهم من يقول زى فيشدد الياء كذا ذكره أبو على اسماعيل ابن القاسم عبدون في كتاب المقصور والممدود (قوله ثم نكح رجع الخ) لان المعتبر حالة الهبة فان كانت اجنبية فيها كان مقصوده العوض فيثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة زيلعى وكذا الحكم اذا وهبت زوجها ولاجنبى قهستانى (فرع) لا تصح هبة المولى لام ولده ولو في مرضه ولا تنقلب وصية اذ لا يد للمحجور ام لو اوصى لها بعد موته يصح لعتقها بموته فيسلم لها در عن الكافى (قوله لا بالمصاهرة) فيه قصور لان المحرمية بالرضاع كذلك حموى (قوله لذى رحم محرم) ولو ذميا او مستأمنا بحر عن المبسوط لكن في القهستانى ولو كان كافرا حربيا كالاصل والفرع انتهى (قوله لانه لو وهب لذى رحم غير محرم) أراد بالمحرمية المنفية ما كانت من جهة النسب فلا يرد ابن العم اذا كان أخاه من الرضاع (قوله يرجع عنده) لان الملك لا يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل ان العبد أحق بما وهب له اذا احتاج اليه ولو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الاصح لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع مبسوط ولو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافا لابى يوسف وان عتق لا رجوع وان كان مولاه قريبا للواهب رجع عجز المكاتب أو عتق عند الامام وفي البحر عن الخانية وهب لاخيه ولاجنبى شيئا فقبضاه كان له الرجوع في نصيب الاجنبى وقوله شيئا يعنى مالا يقسم كما في الدر عن الدرر (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يرجع في الاول) وفي الثانى يرجع لان الملك يقع للمولى وله ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار احد الجانبين تلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا تلزم فيهما فلا تلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما زيلعى (قوله صدق بلا حلف) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع نوح أفندى فان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس بأخيه اذا ادعى ذلك لانه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود اثباته دون النسب بحر عن الخانية وفي قوله فكان المقصود اثباته الخ اشارة الى ان النسب لا يثبت بالنكول (تتمة) نقل شيخنا عن القهستانى انه يصح الرجوع في الفاسدة وان وجد احد الموانع لان المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله انتهى عن العمادى (قوله بتراضيهما الخ) والكلام مشير الى ان الرجوع لا يصح بغيرهما لكن في الكرمانى وغيره انه يصح من الاب حكما ولو كان لا يليق مروءة قهستانى وهو مخالف لما في الدرر حيث ذكر ما نصه قال صدر الشريعة للوالد ان يرجع فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس منه ان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا مطلقا وهو وهم باطل منشأه الغفلة عن قوله فانه يتملكه للحاجة فان مراده ما ذكرنا يعنى حاجته الى الانفاق حتى لو لم يحتج الاب لم يجز له الاخذ من مال ابنه فان ما توهموا مخالف التصريح علمائنا كقاضيخان وغيره ان قرابة الولاد من جملة الموانع انتهى (قوله او بحكم الحاكم) لانه مختلف فيه فنهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وهاء لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وفي حصول المقصود وعدمه خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب والتواد فعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالقضاء او الرضاء درر قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى وتعقبه في العناية بأن مد المقصور السماعى ليس بخطا (قوله نفذ ما صنع الموهوب له) ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم زيلعى (قوله وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لم يضمن) قبل المنع لان أول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه زيلعى (قوله الا ان يمنعه بعد القضاء) وبهذا يستغنى عما ذكره السيد الحموى حيث قيد

الزاى حقها ان تكتب بالياء للفرق بينها وبين الراء المهملة والعبرة وقت الهبة لا وقت الرجوع (فلو وهب لرجل لاجنبية (ثم نكحها رجع) وبالعكس لا) أى ان وهب لزوجته ثم ابانها لا يرجع (و) القاف (القرابة) المحرمية بالرحم لا بالمصاهرة (فلو وهب لذى رحم محرم منه لا يرجع فيها) قيد به لانه لو وهب لذى رحم غير محرم كابن العم له الرجوع فيها فلو وهب لابن اخيه ولاخيه الذى يرجع عنده وقال أبو يوسف ومحمد لا يرجع في الاول (و) الهاء (الهلاك) أى هلاك الموهوب (فلو ادعاه) أى الموهوب له هلاك الهبة عند الرجوع (صدق) بلا حلف (وانما يصح الرجوع بتراضيهما او بحكم الحاكم) بالرجوع ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له أو اعتقه قبل ان يقضى به القاضى للواهب نفذ ما صنع الموهوب له ولو منعه بعد الرجوع قبل القضاء فهلك لم يضمن وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لم يضمن الا ان يمنعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب واذا رجع بالقضاء او بالرضا

عدم الضمان فيما اذا هلك في يده بعد القضاء بقوله يعني من غير منع (قوله يكون فسخا من الاصل) مرادهم بالفسخ من الاصل ان لا يترتب على العقد اثر في المستقبل لا بطلان اثره اصلا والا لعادت الزوائد المنفصلة المتولدة الى ملك الواهب برجوعه درعن الفصولين (قوله حتى لا يشترط القبض) وصح الرجوع في الشائع ولو كان هبة لما صح وللواهب ردّه على بائعه مطلقا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء لان حق المشترى في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا تنوير وشرحه وقوله وصح الرجوع في الشائع بأن رجع في بعض ما وهب وقوله وللواهب ردّه على بائعه أي بحكم خيار العيب يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة (قوله لم يرجع على الواهب) لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه وصف السلامة والاعارة كالهبة لان قبض المستعير كان لنفسه بخلاف الوديعة والعين المستأجرة لان العقد فيهما يكون للدافع بحر وتنوير وشرحه عن العمادية (قوله فيشترط التقابض في العوضين) لان القبض شرط في الهبة كما مر وكل واحد منهما واهب من وجه عيني (قوله في المجلس) أي مطلقا او ان لم يكن باذنه (قوله وتبطل بالشيوع) أي فيما يحتمل القسمة شرنبلالية (قوله بيع انتهاء) هذا اذا كان العوض معلوما فلو مجهولا كانت هبة ابتداء وانتهاء ولو اتفقا ان الهبة بعوض و اختلفا في قدره فقال الواهب الف وقال لعوض خمسمائة والعوض لم يقبض والهبة قائمة خير الواهب ان شاء قبض خمسمائة او رجع في الهبة وان هالكة رجع بقيمته ان شاء أي بقيمة الموهوب ان هالك ولو اختلفا في اصل العوض فالقول للموهوب له في انكاره وللواهب الرجوع ان كان قائما ولو مستهلكا فلا شيء عليه ولو أراد الرجوع فقال انا أخوك او عوضتك او انما تصدقت بها على فالقول للواهب استحسانا وفي اوقاف الناصحي لو وهب الواقف الارض التي شرط الاستبدال بها ولم يشترط عوضا لم يجز وان شرط عوضا فهو كالبيع حموي أخذا من البحر والرمز والذخيرة (قوله فترد بالعيب وخيار الرؤية) والاولى فترد وتأخير قوله فيشترط تقديمه ما قبلهما من الكلام عيني (قوله ولا يبطله الشيوع) أي مطلقا سواء كان مما يحتمل القسمة أم لا لان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند الامام الشافعي وزفر وكذا تظهر ثمرة الخلاف أيضا في خيار الرؤية والرد بالعيب فعندهما يثبتان قبل القبض وعندنا بعده (تتمة) قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال عاد الرجوع كما لو بنى في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء ثم هدم البناء كان له الرجوع بخلاف ما اذا اشترى عبدا بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد في مدة الخيار وخاصم المشترى البائع في الرد وأبطل القاضي حقه في الرد بسبب الحمى في مدة الخيار ليس له الرد ان زالت الحمى ومدة الخيار باقية كذا في الدرر الاقوله ان زالت الحمى ومدة الخيار باقية فاني وجدته لشيخنا بخطه ووجه الفرق بين مسئلة الهبة والبيع ان الحمى في العبد لم يتحقق زوالها لكونها أمرا باطنيا بخلاف زوال البناء واشباهه اذ لا توهم لبقائه بعد زواله شرنبلالية واعلم ان عود الرجوع بعد زوال المانع يشكل بما لو وهب لزوجته ثم أبانها حيث لا يعود حق الرجوع والجواب كما في الشرنبلالية ان المانع من مسئلة الهبة للزوجة مقارن بخلافه في غيرها

(فصـــل في الاستثناء والتعليق وغيرهما) لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة عناية وقوله وغيرهما أراد به ما ذكره المصنف من قوله والصدقة كالهبة حموي (قوله أو يعوضه شيئا منها) فيه اشكال فانه ان أراد الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهي تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها زيلعي قال في الدرر نختار الشق الاول وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما وأجاب العيني بان قوله على ان يرد شيئا منها لا يستلزم أن يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردّا ولا يكون عوضا وأما قوله على ان يعوضه شيئا منها فتصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران بقي ان يقال ما أجاب

يكون فسخا من الاصل فيعود الملك القديم حتى لا يشترط القبض الواهب (الموهوبة فان تلفت) العين (المستحق أو استحقها مستحق وضمن) الواهب (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن والهبة بشرط العوض) بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده له (هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين) في المجلس او بعده باذنه (وتبطل بالشيوع) فان وهب شقصا مشاعا بشرط العوض لا يجوز (بيع انتهاء) حتى لو قابضا صح العقد وصار في حكم البيع (فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) لو كان عقارا وقال زفر والشافعي بيع ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطله الشيوع وذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا اذا ذكره كلمة على وأما اذا ذكره بالباء بأن قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا او بالف درهم فهو بيع ابتداء وانتهاء كذا في النهاية

(فصل) في الاستثناء والتعليق وغيرهما (ومن وهب امة الا حملها او) وهب امة (على) شرط (ان يردها) الموهوب له (عليه) بعد حين (او) على شرط (ان يعتقها او يستولدها او) وهب (دارا على) شرط (ان يرد) الموهوب له (عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها) أي يعطي بعض الدار الموهوبة عوضا عن كل الدار

به في الدرر وسبقه اليه صدر الشريعة متعقب فقد ذكر عزمي زاده مانصه يفهم من كلام صاحب الدرر انه اذا وهب دارا بشرط ان يعوضه شيئا معينا منها تصح الهبة والشرط مع انه ليس كذلك فالصواب في الجواب ان يختار الشق الثاني ولا تكرار لان الردعليه لا يستلزم كونه عوضا وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضي زاده (قوله صحت الهبة في الصور كلها) لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة در قال شيخ الاسلام أى التي تفسد البيع مع كونها غير آيلة الى الهبة بشرط العوض كما يظهر ذلك من فتاوى قاضيخان وغيره وذلك كهبة مهرها بشرط ان يحج بها او يحسن اليها او يقطع لها في كل حول ثوبا مرتين فجعلوا اشتراط نفقة الحج والاحسان لها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها في هبتها مهرها او شرط المكث معها مثله في الحكم فحكموا ببطلان هبتها اذا ظلمها اولم يمكث معها وهو المختار وكانه لانتفاعها بهما اشبهها بالعوض في الجملة وان لم يكونا عوضين حقيقة فكانهم عملوا فيه بالشبهين فأفسدوا الهبة متى لم يحصل النفع المشروط للواهب لشبهه بالعوض فانه لا تتم الهبة اذا لم يحصل العوض وصححوها متى حصل النفع المشروط وان كان مجهولا جهالة فاحشة كترك الظلم المجهول لجهالة مدته لانه ليس بعوض حقيقة وهذا بخلاف الشروط المذكورة في الكتاب وأما اذا شرط عوضا مجهولا جهالة فاحشة كما اذا شرط ان ينفق على الواهب ما يخرج من الارض المراح الموهوبة فالهبة فاسدة مطلقا كما صرحوا به والظاهر ان الفساد لكونه تعليق الهبة بالخطر اذ الخروج موهوم هذا ما فهمت من كتب الفتاوى كذا ذكره حموي زاده (قوله وبطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا وكذا الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد والصدقة والعتق بخلاف المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والرهن والكتابة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وبخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها اوسع ولو أعتق حملها ثم وهبها صح لان الجنين غير مملوك له فاشتغال بطنها به لا يوجب الفساد بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق فكانت هبة مشغول بخلاف الاول زيلعي وبحر (قوله وبطل الشرط في سائر الصور) لانه بعض اومجهول والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة درو زيلعي قال الحموي وقوله في سائر الصور أي في جميع الصور ولا يصح ان يكون سائر هنا بمعنى باقي انتهى يعنى لانه لو أريد سائر بمعنى باقي يلزم صحة الشرط في بعض الصور وأقول ذكر العيني مانصه وبطل الشرط في الصور الباقية ولا مانع من صحته لانه يراد بباقي الصور ماعدا الاول من صورة الاستثناء (قوله فهو باطل) لان هبة الدين ممن عليه ابراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه واسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول الا اذا أوجب انفساخ عقد صرف اوسلم والتعليق يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الاسقاطات من وجه اومن كل وجه مما لا يحلف به كالعفو عن القصاص وقيد بقوله ان أديت لانه لو قال انت بريء عن النصف على ان تؤدي الى النصف صح لانه ليس بتعليق بل تقييد لان المعلق بعلى هو ما بعدها لا ماقبلها بحر وغيره وفي قولهم والتعليق يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين عناية (قوله للمعمر حال حياته ولورثته بعده) لقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث عيني وقال عليه السلام العمرى لمن وهبت له بحر (قوله فاذا مات المعمر ترد عليه) لا يخفى ما فيه من القصور وايهام ماليس مرادا ونحوه قول النقاية وشرحها للقهستاني وهي اي العمرى في الشريعة جعل داره له أي المعمر له مدة عمره أي المعمر له بشرط ان ترد الدار على المعمر او على ورثته اذا مات المعمر له او المعمر بان قال اعمرتك داري هذه حياتك فاذا مت فهي لي واذا مت أنا فهي لورثتي وبطل في الشريعة الشرط اي شرط الرد على المعمر وورثته كما في الجاهلية

(صحت الهبة) في الصور كلها (وبطل الاستثناء) في الاول (و) بطل (الشرط) في سائر الصور (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو لك او انت منه بريء او ان اديت الى نصفه فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو) اي كل واحد من هذه الاقاويل (باطل وصح العمرى للمعمر) بلفظ المفعول (حال حياته ولورثته بعده وهي) اي العمرى (ان يجعل) المعمر (داره له) اي للمعمر (عمره) اي مدة عمره (فاذا مات) المعمر (ترد عليه) اي (لا الرقبى)

فالدار للعمر له حال حياته ولورثته بعد وفاته اه باختصار وانما بطل الشرط لانه عليه السلام ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر فى بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة عناية (قوله ان مت قبلك فهولك) وانما لم يصرح بقوله وان مت قبلى فهولى احترازا عن سماجة ذكرمونه قهستانى بتصرف (قوله أى لا يصح عندهما) لعدم التمليك فى الحال واذا لم تصح هبته فهى عارية لانها تتضمن اطلاق الانتفاع حموى عن الينابيع (قوله خلافا لابى يوسف الخ) وهو الاصح كما فى غاية البيان اعلم ان الخلف لفظى فقول أبى يوسف بجواز الرقبى بناء على انها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعده عدة وقولهما بعدم صحة الرقبى بناء على ان التمليك مضاف الى زمان فلا يصح لعدم التمليك للحال درر فحاصله انه متى وجد التمليك فى الحال واشترط الرد فى المآل يجوز بالاجماع لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان فى المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك فى الحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وبالجملة فقد وردت فى العمرى والرقبى اخبار كثيرة بعضها بالمنع فيهما وبعضها بالجواز فيهما وبالحمل على ما حملناه يحصل التوفيق زيلعى (قوله والصدقة كالهبة) قدم المصنف احكام الهبة على الصدقة لعمومها فى حق المسلم والكافر وكثرة تفاريعها كذا فى المفتاح وهو عكس ما هو المشهور من ان ما كثرت تفاريعه يؤخر لطول الكلام عليه حموى (قوله ولا فى مشاع الخ) فان قلت قد تقدم ان الصدقة لفقيرين جائز فيما يحتمل القسمة قلت المراد هنا ان يهب لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين لقبضهما تماما فلا شيوع بحر (قوله ولا رجوع فيها) لان المقصود هو الثواب وقد حصل قيل عليه ان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافا للمعتزلة ولا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب أخى شلبى ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب بحر عن الخانية قال واطلاقه يشمل ما اذا تصدق على غنى واختاره فى الهداية لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله قال الزيلعى وما ذكره من عدم جواز التصدق على غنيين ينافى هذا لانهم قالوا لم يعتبر واقعه و فى الهبة الا حال التمليك حتى اجاز وهما لفقيرين ومنعوهما لغنيين على الصحيح وهو المذكور فى الجامع الصغير على ما بيناه من قبل فقياسه ان يملك الرجوع فى الصدقة على الغنى ولا يملك الرجوع فى الهبة على الفقير انتهى

(كتاب الاجارة)

هى لغة اسم للاجرة أى كراء الاجير وفى المصباح اجرت الدار والعبد من بابى قتل وضرب وآجرت بالمد لغة ثالثة قال الزمخشرى اجرت الدار على افعلت فأنا مؤجر ولا يقال مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال حبيب الله زانى فى حواشى صدر الشريعة وجه القبح انه يستعمل عرفا فيمن يؤاجر اهله للزنى ثم قال ووجه انه وقع فى صحيح مسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة حموى (قوله يكون تمليكا بعوض) خطأ صريح لان الهبة تمليك بغير عوض حموى وأقول ما ذكره الشارح بالنظر للهبة بشرط العوض لا مطلقا نعم لو حذف قوله بعوض واكتفى بالاشتراك فى مطلق التمليك كما فى العناية والدرر والبحر لكان أولى (قوله لكن الاجارة تمليك المنفعة) أشار به الى نكتة تقديم الهبة لان الاعيان مقدمة على المنافع عناية (قوله هى بيع منفعة معلومة الخ) وقيل هى تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض زيلعى ولهذا كان المهر عندنا فى مقابلة ملك الاباحة دون المنفعة بدليل انه لو مات أحد الزوجين قبل الدخول لا يسقط المهر ولو كان فى مقابلة المنافع لسقط لانه لم يوجد الانتفاع كما لو تلفت العين المستأجرة شيخنا عن غاية البيان بقى ان يقال ما ذكره الزيلعى من ان النكاح

ان مت قبلك فهولك اى لا يصح عندهما خلافا لابى يوسف فان عنده كالعمرى (والصدقة كالهبة) وحينئذ (لا تصح) الصدقة (الا بالقبض) من المتصدق عليه فى المجلس أو بعده باذنه وعن ابراهيم النخعى والقاضى شريح فيه روايتان فى رواية تجوز بدون القبض وفى رواية لا تجوز ويشترط القبض (ولا) تصح الصدقة (فى مشاع يحتمل القسمة) هذا يستقيم على رواية الاصل مطلقا وعلى رواية الجامع الصغير مقيد بالغنى وانما قيد بالقسمة لان الصدقة فى مشاع لا يحتمل القسمة كالهبة تصح (ولا رجوع فيها) أى فى الصدقة

(كتاب الاجارة)
تناسب الكتابين من حيث ان كل واحد منهما يكون تمليكا بعوض لكن الاجارة تمليك المنفعة بعوض (هى بيع منفعة معلومة باجر معلوم)

ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض موافق لما ذكره سعدى أفندى حيث اعترض على قول الهداية فى تعريف الاجارة هى عقد على المنافع بعوض فقال لو قال تمليك المنافع بعوض لكان أولى لان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض لكن تعقبه قاضى زاده بانه غير سديد اذ لو قال تمليك المنافع لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه كذا بخط شيخنا والمراد بالمنفعة المقصودة من العين حتى لو استأجر اوانى ليتجمل بها أو دابة ليجنبها بين يديه أو دارا لا ليسكنها بل ليظن الناس انها له فالاجارة فاسدة ولا أجر له بحر عن الخلاصة وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضى الى المنازعة وهل تنعقد بالتعاطى ظاهر الخلاصة نعم ان علمت المدة وفى البزازية ان قصرت نعم والا لا درر وتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا أما العارية فلا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لو قال أجرتك هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة لا اعارة واختلف فى انعقادها بلفظ البيع فمنهم من قال تنعقد كالكرخى كما فى الدرر لكن نقل فى الشرنبلالية عن البرهان انه جزم بعدم الانعقاد لان بيع المعدوم باطل الخ وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة والمراد عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلامهم يوهم ذلك والحكم تأخر عن زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار ثم عقد الاجارة على ما عرف فى الاصول علة اسما لا اضافة الحكم اليه ومعنى لكونه مؤثرا فيه لا حكما لتراخى الحكم عنه بحر عن غاية البيان (قوله وكل ماصلح الخ) أشار بهذا المزج الى عموم ما وانها تصلح سورا للكلية حموى (قوله كالدراهم الخ) كذا العددى المتقارب بشرط بيان الوصف بحر (قوله وهذا لا ينعكس) أى عكسا لغويا أما عكسا منطقيا فينعكس حموى فلا يصح ان يقال كل ما لا يصلح ثمنا لا يصح اجرة بخلاف قوله بعض ما يصح اجرة يصح ثمنا فانه صحيح لان الموجبة الكلية تنعكس موجبة جزئية (قوله فان الثياب الخ) علة لعدم صحة الانعكاس وفيه كلام يعلم بمراجعة الاكملية والتكملة حموى قال شيخنا وقوله فيه كلام هو ان بيع المقايضة ليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا لكان بيعا بلا ثمن وهو باطل قال فى العناية ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع ولا تصلح ثمنا أصلا انتهى ثم اذا كانت الاجرة ثيابا أو عروضا فالشرط بيان القدر والاجل والصفة لانه لا يثبت دينا فى الذمة الا فى السلم فكان لثبوته أصل واحد وهو السلم فلا يجوز الا على شرائطه بخلاف الكيلى والوزنى لان لثبوتهما أصلين القرض والسلم والاجل فى القرض ليس بشرط فان بين جاز كالسلم وان لم يبين جاز كالقرض وهذا كله اذا لم يشر اليها فان اشار فهى كافية ولا حاجة الى بيان القدر والوصف والاجل وان كانت حيوانا فلا يجوز الا ان يكون معينا بحر عن الاسبيجابى (قوله وتصلح اجرة) هكذا وقع فى بعض النسخ وهو الظاهر خلافا لما فى بعضها من قوله وتصلح اجارة حموى (قوله ببيان المدة) وان طالت ولو مضافة كاجرتكها غدا وللمؤجر بيعها اليوم وتبطل الاجارة به يفتى درر عن الخانية واستفيد من قوله به يفتى انه على خلاف المفتى به لا تبطل الاجارة به كما فى غير المضافة واعلم ان الاجرة لا تملك فى الاجارة المضافة ولو اشترط التعجيل خانية (قوله أى مدة كانت) بجر أى على انها بدل من قوله على مدة كذا فى المفتاح يعنى وكان تامة وأقول يجوز ان تكون ناقصة وأى بالنصب خبر مقدم والمراد من قوله أى مدة كانت أى مطلقة عن قيد سنة مثلا بعد كونها معينة طالت او قصرت حموى (قوله على ثلاث سنين) كيلا يدعى المستأجر ملكها واطلقه فشمل الضياع وغيرها وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث فى الضياع وعلى سنة فى غيرها الا اذا كانت المصلحة فى غيره قال فى المحيط وهو المختار للفتوى وهذا عند عدم شرط الواقف فان نص على شئ وزاد عليه لم يجز وتفسخ فى كل المدة على الراجح الا اذا كانت الزيادة على ما عينه الواقف أنفع

(و) كل (ماصلح) ان يكون (ثمنا)
فى البيع (صح) ان يكون (اجرة)
فى الاجارة كالدراهم والدنانير
والمكيل والموزون وهذا لا ينعكس
فان الثياب والاوانى والدواب والعبيد
والاماء وغيرهم من الاعيان لا تصلح
ثمنا وتصلح اجارة (والمنفعة تعلم) بامور
ثلاثة الاول (ببيان المدة) اى مدة
الاستئجار (كالسكنى والزراعة) فتصح
على مدة معلومة أى مدة كانت ولم
تزد) المدة (فى) اجارة (الاوقاف على
ثلاث سنين) فى الصحيح وعند الشافعى
فى قول لا تصح فى اكثر من سنة واحدة
وفى قول تجوز الى سنتين وفى قول
تجوز ابدا

ثم لو وقتا وقتا لا يعيش اليه أحدهما غالبا قيل لا يصح

فيؤجره القاضي لا المتولي لان ولايته عامة واعلم ان اجارة الوقف لا تصح الا باجرة المثل او اكثر فلو أجر الناظر بأقل لم يصح ويلزم المستأجر تمام اجر المثل بحر ودرر (تتمة) سئل عن الجهات الخراجية الجارية في الاراضي المصرية وان الملتزمين واضعون أيديهم عليها وحبسوها عن اوقافها بالالتزام وما في معناه كالتقسيط ومال الحماية مما يلزم منه حبسها عن أوقافها ويستغلون مالها بأقصى القيم ويدفعون لجهة الاوقاف من المال او الغلال شيئا قليلا دون أجرة المثل بغبن فاحش ويأخذون الباقي لانفسهم ثم انهم في هذه السنة التي هي سنة ثلاثة عشر ومائة وألف يدعون الشراقي في الاطيان والبلدان ويمتنعون من دفع هذا الشئ القليل فهل يسوغ لهم الامتناع او يلزمهم دفع خراج جهات الاوقاف بالتمام والكمال فأجاب شيخنا بما نصه لا يجوز للملتزمين وضع أيديهم على الاوقاف بدون اجارة شرعية بان يكون من نظارها باجر المثل فصاعدا او بما يتغابن الناس فيه وبوضعهم وتصرفهم بالالتزام والحماية بدون الاستئجار ممن له ولاية ذلك صاروا غصبة فيضمنون به المنفعة مطلقا استوفوها او عطلوها باجر المثل بالغا ما بلغ مدة وضع أيديهم وما أجروه منها للزراع وقبضوا أجرته يرد الى الاوقاف على ما عليه الفتوى والاجر انما يسقط بعدم الري اذا استأجروا من الناظر للزراعة وأما في هذه الحادثة فيلزمهم بشيلولة وبقاء وضع يدهم تعديا أجر المثل لغير الزراعة كما يلزمهم الاجر المسمى لو كانوا قد استأجروها من النظار مقيلا ومراحا فيثاب الحاكم الشرعي على رفع أيديهم عن الاوقاف وتمكين النظار من التصرف فيها بالوجه الشرعي والزامهم تمام اجر المثل عن المدة الماضية حتى فيما استأجروه من النظار بغبن فاحش والله اعلم ثم رأيت بخطه أيضا على سؤال آخر ما نصه الواجب عليهم فيما وضعوا أيديهم عليه من الارضين الموقوفة تعديا ورفعوا أيدي النظار عنها بما ذكر اتمام اجر المثل للسنين الماضية فيما استوفوا منفعته بالزراعة بأنفسهم او عطلوه وأما ما أجروه منها للزراعة وقبضوا أجرته فلا يلزمهم اجر المثل وانما يردون جميع ما قبضوه من المستأجرين لجهات الاوقاف هذا حكم غصبهم في سني الري الماضية وأما حكمه في هذه السنة التي لم يرو فيها بعض الاوقاف ولم يرفعوا أيديهم فأجر مثلها صالحة لغير الزراعة وأما ما استأجروه من النظار بغبن فاحش فالواجب عليهم أيضا تمام اجر المثل وما استأجره بعضهم مقيلا ومراحا قاصدين بذلك لزوم الاجر وان لم يرو فالواجب عليهم دفعه من هذه السنة أيضا قال في تنوير الابصار واذا أجره المتولي بدون اجر المثل لزم المستأجر تمامه كاب اجر منزل صغيره بدونه ويفتى بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه وكذا بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف فيه العلماء انتهى وقال البرهان الطرابلسي في الاسعاف في فصل انكار المتولي الوقف وفي غصب الغير اياه ولو استغل الغاصب الارض سنين بالزراعة فالغلة له وعليه قيمة ما نقص من الارض ولا يلزمه اجر مثلها وهذا قول المتقدمين وقال المتأخرون يلزمه أجر مثلها وأجر مثل مال اليتيم وما اعد للاستغلال انتهى والفتوى على قول المتأخرين لما علمت من انه الانفع للوقف ولما يأتي من جزم صاحب الاشباه به ونص عبارته الغاصب اذا أجر ما منافعه مضمونة من مال وقف او يتيم او معد للاستغلال فعلى المستأجر المسمى لا اجر المثل ولا يلزم الغاصب أجر المثل انما يرد ما قبضه من المستأجر ونقل هذه العبارة بحر وفيها تلميذه الغزي في منح الغفار وأما تقسيط البلاد فقد قال شيخ الاسلام فقيه الطبع العلامة الشرنبلالي انه لم يدخل تحت قاعدة شرعية انتهى ولا يصح جعل الالتزام اجارة لانه عقد ولا تعاطيا الا ان ما يؤخذ منهم وقته ليس أجرة قطعا وقبض الارض بالتخلية وتخلية البعد باطلة نصوا عليه في البيع والاجارة جميع المنافع وظهر ان الالتزام الآن الحادث من زمان قريب عمالة شرعية للعامل مما يحصل ما يكفيه وأعوانه الخ ووافقه على ذلك علماء عصره من اهل المذاهب كالشيخ عبد الحي والشيخ أحمد الدقدوسي والشيخ محمد الزرقاني والشيخ ابراهيم البرماوي والشيخ أحمد المرحومي والشيخ صالح الحنبلي وغيرهم (قوله ثم لو وقتا وقتا لا يعيش اليه أحدهما الخ) يعني في الملك كذا بخط شيخنا (قوله قيل لا تصح) لانه في معنى التأبيد وبه كان يفتي القاضي أبو جعفر زيلعي

(قوله وقيل تصح) عبارة الزيلعي وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة لكلام المتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت انتهى (قوله لا تصح عند مشايخ الخ) هو الصحيح حموى (قوله حتى يبطله) أي يفسخه وهو ظاهر في الصحة وبه صرح في البحر بالعز والى الشمنى (قوله حتى يجوزه) أي يقضي بجوازه فيرتفع الخلاف (قوله ان يعقد واعقودا متفرقة) كل عقد سنة فيلزم العقد الاول لانه ناجز لا الباقي لانه مضاف فللمتولى فسخه كذا في الدر عن الخانية قال والفتوى على ابطال الاجارة الطويلة ولو بعقود (قوله كالاستئجار على صبغ الثوب الخ) ومنه استئجار الدابة للحمل والركوب اذ لابد من الراكب وما يحمله والمسافة كما في الزيلعي وفي البحر عن البزازية لابد من بيان الوقت والموضع في استئجار الدابة للركوب حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة الخ (قوله وخياطته) لابد من تعيين الثوب ففي المحيط استأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالاجارة فاسدة وان يسمى جنسها لانه يختلف بغلظه ورقته بحر (قوله وذكر في بعض الكتب أنه يشترط) وبه جزم الزيلعي حيث ذكر ان المنفعة لا تعلم الا اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه انتهى وقيد في البحر اشتراط بيان قدر الصبغ بما اذا كان مما يختلف (قوله لا تملك بالعقد) لان العقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر لا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد فلو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها الا انا نقول لا يصح الابراء عند أبي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة والجواب على قول محمد انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالعفو عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا تشترط حقيقة الوجوب وانما لم يكن للمرأة حبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه اوفى ما سمى لها برضاها فصار كما اذا أجلت المهر كله زيلعي (قوله ولا يجب تسليمه به) كان الظاهر ان يقال تسليمها حموى ولو ذكره بالفاء تفريعا على ما قبله كما في البحر حيث قال فلا يعتق قريب المؤجر لو كان أجرة ولا يملك المطالبة بتسليمها الحال لكان أولى (قوله عينا كان او دينا) وقيل ان كانت الاجرة عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى على ان الصحيح الاول حموى عن الذخيرة (قوله او بشرطه) والمراد انه يستحقها بذلك ولكن لا يملكها الا بالقبض كذا قيل وأقول في الدر عن شرح الوهبانية للشرنبلالي انه يفتى برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة (قوله أي بشرط التعجيل) في غير الاجارة المضافة أما فيها فاشتراط التعجيل باطل ولا يلزمه للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت (قوله أي باستيفاء المعقود عليه) لتحقق التسوية (قوله او بالتمكن منه) وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة أما في الفاسدة فلا يجب الاجر الا بحقيقة الانتفاع وظاهر ما في الاسعاف اخراج الوقف فتجب اجرته في الفاسدة بالتمكن قلت وهل مال اليتيم والمعد للاستغلال والمستأجر في البيع وفاء على ما أفتى به علماء الروم كذلك محل تردد تنوير وشرحه (قوله بان قبض الدار) فلو سلمها بعد مضي بعض المدة فليس لا حدهما الامتناع اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب فيها لاجله فان كان فيها وقت كذلك كبيوت مكة وحوانيتها زمن الموسم خير في قبض الباقي بحر ولو سلمه المفتاح فلم يقدر على الفتح لضياعه ان أمكنه الفتح بلا كلفة وجب الاجر والا لا اشباه وكذا لو عجز عن الفتح بهذا المفتاح لم يكن تسليما لان التخلية لم تصح صيرفية ولو اختلفا يحكم الحال ولو برهنا فبينة المؤجر ذخيرة كذا في الدر ويستثنى من تحكيم الحال ما اذا ادعى المستأجر الشراقي ولهذا أجاب المقدسي بان على المستأجر اثباته لان النزاع وقع بعد فوات أوان الشراقي الذي هو المانع ولا ينظر الى كون الماء منقطعا في ذلك الوقت لان انقطاعه ليس مانعا مطلقا بل في وقت مخصوص وهو وقت الري اذ لو كان المانع هو عدم الماء لكان ذلك موجودا في كل أرض رويت ثم زال عنها الماء

انتهى

وقيل تصح وفي الوقت لو أجر أكثر من ثلاث سنين لا تصح عند مشايخ بلخ وغيرهم وقال بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله والحيلة في جواز الاكثر انه يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وقيل ان يعقد واعقودا متفرقة كذا في الذخيرة (أو بالتسمية) أى المنفعة تارة تعلم بتسمية العمل الذى تصرف اليه المنفعة وذا ببيان محله (كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) وهذا يشير الى انه لا يشترط بيان قدر الصبغ وقد نص عليه في كتاب الاستصناع وذكر في بعض الكتب انه يشترط حتى لو لم يبين قدر الصبغ لا يجوز (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى) موضع (كذا والاجرة لا تملك بالعقد) ولا يجب تسليمه به عندنا عينا كان او دينا (بل) تملك الاجرة (بالتعجيل) من طرف المستاجر من غير شرط (او بشرطه) اى بشرط التعجيل (او بالاستيفاء) اى باستيفاء المعقود عليه (او بالتمكن منه) أى من استيفاء المعقود عليه بان قبض الدار

انتهى (قوله فعليه الاجرة وان لم يسكن) لوجود التمكن من الاستيفاء اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ (قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد الخ) لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد بناء على أصله ان المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الآخر فلو ملك الاجرة لملكها بغير بدل فتأخر الملك ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد بل باعتبار ان العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة وهذا اولى مما ذهب اليه الامام الشافعي لان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس الا اقامة السبب مقام المسبب ألا ترى ان الشارع أقام السفر مقام المشقة وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة زيلعي وأشار بقوله والموجود من المنفعة لا يقبل العقد الى ما هو مصرح به من ان العقد اذا أضيف الى المنفعة لم يجز بخلاف ما اذا أضيف الى العين (قوله فان غصب الخ) المراد بالغصب الحيلولة بين المستأجر والعين لان حقيقة الغصب لا تجرى في العقار در (قوله سقط الاجر) لان تسليم العين انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم الا اذا أمكن اخراج الغاصب بشفاعة او حماية أشباه ولو أنكر المؤجر ذلك ولا بينة للمستأجر يحكم الحال تنوير وشرحه ويسقط الاجر بغرق الارض قبل زرعها او ان اصطلمه آفة سماوية لزمه الاجر تاما في رواية عن محمد لانه قد زرعها والفتوى على انه يلزمه اجر ما مضى فقط ان لم يتمكن من زرع مثله في الضرر شرنبلالية عن البرهان (قوله وذكر في الهداية ان العقد ينفسخ) واليه يشير كلام المصنف بحر والظاهر من أين الاشارة لانه لا تلازم بين وجوب الاجر وقيام العقد كذا ذكره شيخنا ثم ثمرة الاختلاف في ان الغصب هل يوجب فسخ الاجارة أم لا تظهر فيما اذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فعلى القول بعدم الفسخ يستوفى ما بقى من المدة وعليه من الاجر بحسابه (قوله اذا لم يبين الخ) قيد المسئلة في العزمية بقوله هذا اذا لم تكن الاجرة معجلة أو مؤجلة او منجمة الخ (قوله وللقصار) يقال قصر الثوب بالتخفيف من باب نصر أي دقه ويجوز التشديد أيضا وانى أفندى (قوله بعد الفراغ من عمله) هذا اذا سلمه فلو هلك قبل التسليم فلا اجر له وكذا كل من لعمله أثر وان لم يكن لعمله أثر فكما فرغ له الاجر وان لم يسلم كالحمال والملاح ولو خاط الثوب ففتقه رجل فلا أجر له بل له تضمين الفاتق ولا يجبر على الاعادة وان كان هو الفاتق فعليه الاعادة وهل للخياط أجر التفصيل بلا خياطة قال في الدر عن الاشباه الاصح لا ثم استدرك عليه بما في المضمرات من ان المفتى به نعم بقى ان يقال أطلق المصنف في اشتراط الفراغ من العمل فعم ما لو كان يعمل في بيته أو في بيت المستأجر حتى لو لم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الاجرة على ما في الهداية والتجريد لكن هذا خلاف المشهور كما في الشرنبلالية عن البرهان والمشهور انه اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه استحق الاجر بحسابه قال في الدر وهذا هو المذهب (قوله بعد اخراج الخبز من التنور) هذا اذا كان الخبز في بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وباخراج البعض بحسابه أما اذا كان خارجا عن بيت المستأجر فلا يستحق الاجرة الا بالتسليم حقيقة زيلعي ودر (قوله له الاجر) لتسليمه بالوضع في بيته ولا ضمان لعدم التعدى تنوير وشرحه (قوله ولا ضمان على الخباز بالهلاك) عند الكل اذا كان يخبز في بيت المستأجر لانه هلك بعد التسليم بناء على ان الوضع في بيت المستأجر تسليم عندهما كذا بخط شيخنا (قوله وذكر القدورى في شرحه ان على قولهما يجب الضمان) لان العين مضمونة عندهما على الاجير بمنزلة الغاصب فلا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيت المستأجر كما هو الحكم في المغصوب فذكره بعد قوله ولا ضمان على الخباز بالهلاك عند الكل ليفيد ان عدم الضمان في احتراقه لا بفعله بعد اخراجه

فعليه الاجرة وان لم يسكن وكذا لو استأجر دابة ليركبها الى مكة فذهب بها الى مكة ولم يركب تجب الاجرة وقال الشافعي تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار والدابة الى المستأجر (منه) (فان غصب) المؤجر (أى من المستأجر) (سقط الاجر) وهل ينفسخ العقد ذكر الفضلى والناطفى وفخر الدين في الفتاوى انه لا تنفسخ الاجارة ولكن يسقط الاجر ما دامت في يد الغاصب اى لا تنفسخ وذكر في الهداية ان العقد ينفسخ وان وجد الغصب في بعض المدة يسقط بقدره (و) من استأجر دارا او ارضا مدة معلومة فيكون (لرب الدار أو الارض طلب الاجر كل يوم و) من استأجر بعيرا (كل مرحلة) اذا لم يبين وقت الاستحقاق فان بين بان قال بشرط أن اعطى الاجر بعد شهر يطالب به بعدهما (و) يكون (للحمال) ان يطالبه (بعد الفراغ من عمله وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور وللقصار والخياط) ان يطالبه (بعد) ه (فاذا اخرجه من التنور (فاحترق) من غير فعله (له) اى للخباز (الاجر ولا ضمان) على الخباز بالهلاك عند الكل وذكر القدورى في شرحه ان على قولهما يجب الضمان

من التنور وهو يخبز في بيت من استأجره قول أبي حنيفة فقط لكونه أمانة لا انه قول الكل وهو اختيار القدوري وأما عند غيره فنفي الضمان مجرى على عمومه فوجه عدم الضمان عنده انه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما قاله في العناية بعد العزو الى النهاية وقوله أمالو احترق أو سقط من يده الخ وعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا كما في الدرر من غاية البيان لما سيأتي ان العقد يقتضي السلامة كذا بخط شيخنا وهو في تضمينه بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجرله وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر هداية ولا يضمن الحطب والملح شرنبلالية وغيرها لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه (قوله أمالو احترق) أى في التنور قبل الاخراج (قوله أو سقط من يده) أى فاحترق بسبب سقوطه من يده قبل الاخراج فقوله قبل الاخراج ظرف للفعلين قبله (قوله لا أجرله) أى على كل حال سواء كان في بيت المستأجر او الاجير وعليه الضمان لانه جناية يده كذا بخط شيخنا وقوله لا أجرله أى للهلاك قبل التسليم عناية (قوله وللطباخ بعد الغرف) فان أفسد الطعام أو احرقه أولم ينضجه فهو ضامن ولو دخل بنار ليخبز أوليطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق البيت لم يضمن للاذن ولا يضمن صاحب الدار لو احترق شئ من السكان لعدم التعدي تنوير وشرحه عن الجوهرة (قوله للوليمة) اعلم ان الولائم أحد عشر نظمها بعض الفضلاء في قوله

ان الولائم عشرة مع واحد * من عدها قد عز في اقرانه
فالخرس عند نفاسها وعقيقة * للطفل والاعذار عند ختانه
ولحفظ قرآن وآداب لقد * قالوا الحذاق لحذقه و بيانه
ثم الملاك لعقده ووليمة * في عرسه فاحرص على اعلانه
وكذاك مأدبة بلا سبب يرى * ووكيرة لبنائه لمكانه
ونقيعة لقدومه ووضيمة * لمصيبة وتكون من جيرانه
ولاول الشهر الاصم عتيرة * بذبيحة جاءت لرفعة شانه

كذا بخط السيد الحموي (قوله وللبان الخ) بشرط تعيين الملبن فلو لم يعين ولهم ملابن تستعمل على السواء فسدت الاجارة فلو لم يكن لهم الا ملبن واحدا ومتعدد ولكن يغلب استعمالهم لواحد منها صحت قهستاني (قوله ليضرب له لبنا) اللبن بفتح اللام وكسر الباء والكسر مع السكون لغة اسم جمع عند المحققين وجمع عند الاكثرين قهستاني (قوله اذا أقامه عند أبي حنيفة) لان العمل تم بالاقامة ولهما ان التشريج من تمام العمل لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله زيلعي و بقولهما يفتي درعن ابن الكمال معزيا للعيون والاقامة النصب بعد الجفاف والتشريج ان يركب بعضه على بعض بحر عن الجوهرة ومثله في العناية حيث فسر التشريج بتنضيده بأن يضم بعضه الى بعض لكن ذكر العيني ان تشريجه نقله من مكانه فظاهره انه لا يشترط ضم بعضه الى بعض (قوله وعندهما لا يستحقه حتى يشرجه) فلو تلف قبل التشريج تلف من مال المستأجر عنده ومن مال الاجير عندهما قهستاني (قوله بالعد عليه بعد اقامته) زيلعي ولم يشترط المصنف العد في المستصفى تبعا للايضاح والمبسوط وهو الاولى كما في البحر لانه لو سلمه بلا عد كان له الاجر (فروع) الملبن على اللبان وا تراب على المستأجر وادخال الحمل المنزل على الحمال وصبه في الجوالق أو صعوده للغرفة الا بشرط وايكاف دابة للحمل لا على المكارى وكذا الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه يفسدها درعن الظهيرية (قوله بحبسها للاجر) هذا اذا كان الاجر حالا أما اذا كان مؤجلا فلا كعمله في بيت المستأجر لتسليمه حكما ويضمن بالتعدي ولو في بيت المستأجر تنوير وشرحه عن الغاية (قوله بالنشا) في القاموس النشا وقد يمد النشاستج معرب حذف شطره وفي المصباح النشا ما يعمل منه الحلواء فارسى معرب وأصله نشاسته فحذف بعض الكلمة فبقي مقصورا ذكره في البارع والصحاح وغيرهما وبعضهم يقول تكلمت به العرب ممدودا والقصر مولد

أمالو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجرله (وللطباخ بعد الغرف) يعنى من استأجر طباخا ليطبخ له الطعام للوليمة فالغرف عليه أى اخراج المرق من القدر الى القصاع اعتبارا للعرف (وللبان ... عليه وان استؤجر ليطبخ قدرة خاصة فالغرف ليس عليه للعرف (وللبان بعد الاقامة) أى ان استأجر لبانا ليضرب له لبنا في ملكه فانه يستحق الاجر اذا أقامه عند أبي حنيفة وعندهما لا يستحقه حتى يشرجه وهذا اذا ضرب اللبن في ملك المستأجر وان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج كذا في نظم الزندوستي (ومن لعمله أثر) قائم (في العين كالصباغ والقصار) الصانع (للاجر) يحبسها) الصانع (للاجر) وذكر في الذخيرة ان عندنا خلافا لزفر والقصار اذا قصر بالنشا او بياض البيض له حق الحبس

انتهى

انتهى (قوله وان بيض الثوب فقط الخ) يشير الى ان المراد بالاثر عين مملوكة كالنشا والغرا لا مجرد ما يعاين ويرى لكن ذكر فى الدر عن المجتبى ان الاصح الثانى قال فغاسل الثوب وكاسر الفستق والحطب والطحان والخياط والخفاف وحالق رأس العبد لهم حبس العين بالاجر على الاصح انتهى (قوله ليس له حق الحبس فى الاصح) مخالف لما سبق عن الدر معزيا للمجتبى ومثله فى الدرر عن النهاية معزيا للجامع الصغير لقاضيخان حيث قال الاصح ان له حق الحبس على كل حال وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار وصار كانه احدثه بالاظهار انتهى فقد اختلف التصحيح (قوله فلا ضمان الخ) لان العين أمانة فى يده وله حق الحبس بالاجرة فلا يكون متعديا ولا يجب له الاجر لهلاك المعقود عليه قبل التسليم زيلعى (قوله ومن لا أثر لعمله الخ) بخلاف رد الآبق حيث يكون له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر فى العين فانه كان على شرف الهلاك فكأنه احياه وباعه منه بالجعل درر (قوله كالحمال) جوز فى النهاية كونه بالحاء المهملة وبالجيم المعجمة قال فى العزمية والاول اولى لان الحمال يجوز ان يقع على الظهر وعلى الدابة فهو اعم من لفظ الجمال بالجيم (قوله لا يحبس الاجر) فلو حبس ضمن ثم هو فى تضمين الحمال بالخيار بين ان يضمنه البدل محمولا وله الاجر او غير محمول ولا اجر له تنوير وشرحه (قوله ولا يستعمل غيره الخ) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه ولا يستحق به الاجر زيلعى الا الظئر فلها استعمال غيرها بشرط وغيره تنوير وشرحه عن الخلاصة وكذا السلم لان المعقود عليه فيه العين لا العمل فجاز ان يعمل غيره درر واراد بالسلم ما اذا استصنع نحو خف مؤجلا كما فى الشرنبلالية لان مؤجل الاستصناع سلم كما سبق وقيد بقوله ان شرط عمل نفسه لانه لو شرطه اليوم او غدا فلم يعمل فطالبه مرات ففرط حتى سرق لا يضمن واجاب شمس الائمة بالضمان بحر عن الخلاصة قال والمراد من اشتراط العمل بنفسه ان يقول له اعمل بنفسك ولا تعمل بيد غيرك اما اذا قال على ان تعمل فهو من قبيل ما اذا اطلق كما فى المستصفى الخ (قوله وان اطلق له ان يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين عينى (قوله لتخيط لى هذا الثوب) او على ان تخيط (قوله فله ان يستأجر من يعمله) افاد بالاستئجار انه لو دفع لاجنبى ضمن الاول لا الثانى درر عن الخلاصة (قوله فله اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه عينى ومعنى قوله فله أجره بحسابه اى فله اجر الذهاب بكماله واجر المجىء بقدر من بقى لان الاجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة قهستانى (قوله قال الفقيه ابو جعفر الخ) مخالف لما فى الزيلعى حيث نقل عن ابى جعفر تقييد المسئلة بما اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجميعهم فاذا مات البعض انتقص اجر الميت من اجر الكل اما اذا لم يكونوا معلومين فلا يكون الاجر مقابلا بجملتهم وهو خلاف ماذكره الشارح فقد اختلف النقل عن أبى جعفر كذا ذكره بعض الافاضل قلت الظاهر ان ابا جعفر ذكر القيدين غير ان الزيلعى نقل عنه أحدهما والشارح نقل القيد الآخر بقى ان يقال ماذكره الزيلعى من وجوب الاجر كله اذا كانوا غير معلومين مخالف لما فى القهستانى حيث قال فان جهلوا فسدت الاجارة ووجب اجر المثل انتهى (قوله بان مات الكبار) كان من حقه ان يقدمه على قوله ام لو استوت الخ كذا بخط شيخنا (قوله ولا اجر لحامل الكتاب الخ) لان الاجر انما قوبل بالنقل فيهما وسيلة الى القصد أى وصول الطعام وعلم ما فى الكتاب فبرده نقض المعقود عليه فلا اجر له كما لو فتق الخياط ما خاطه حموى وقوله لحامل الكتاب قيد به لانه لو ذهب بلا كتاب فلا اجر له اتفاقا كذا يستفاد من الشرنبلالية (قوله ليذهب بكتابه) عبر بعضهم بالنط بدل الكتاب قال الوانى وهو بكسر القاف وتشديد الطاء اسم للكتاب وفى الشرنبلالية قال ومنه قوله تعالى عجل لنا قطنا انتهى أى صحيفة اعمالنا ننظر فيها بيضاوى (قوله فردا الكتاب) فلو تركه ولم يرده استحق اجرة الذهاب اتفاقا شرنبلالية (قوله وعند محمد له اجر الذهاب) أى فى الكتاب لجعله الاجر مقابلة قطع المسافة بخلاف الطعام لان فيه مؤنة زيلعى سواء شرط المجىء بالجواب ام لا كما فى النهاية وغيره فن

وان بيض الثوب فقط ليس له حق الحبس فى الاصح (فان حبس) الصانع (فضاع) العين (فلا ضمان) العين عند ابى حنيفة وعندهما يضمن عليه قيمته واصاحبه الخياران شاء ضمنه قيمته غير معمول (ولا أجر له) وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله أجر (ومن لا أثر لعمله) فى العين (كالحمال والملاح لا يحبس للاجر ولا يستعمل) الاجير (غيره ان شرط عمل نفسه) اى ان قال له اجرتك لتخيطه بنفسك أو بيدك فليس له ان يستعمل غيره (وان اطلق له ان يستأجر غيره) بان قال استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب بدرهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا (وان استأجره ليجىء بعياله ومات بعضهم) فله ان يستأجر من يعمله أى ان استأجر رجلا ليذهب الى البصرة ويجىء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات (فجاء بمن بقى فله اجره بحسابه) مطلقا هذا ظاهر الرواية قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كانت مؤنة البعض عن مؤنة الكل اما لو استوت مؤنتهما بان مات الكبار مثلا فله الاجر كله (ولا أجر لحامل الكتاب الجواب) اى ان استأجر رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجىء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد الكتاب على المستأجر فلا أجر له عندهما مطلقا وعند محمد له أجر الذهاب وذكر الفقيه أبو الليث قول أبى يوسف مع محمد وغيره ذكره مع أبى حنيفة

الظن انه لابد من التقييد بالمجيء بالجواب حتى يتأتى خلاف محمد وان لم يقيد به ينبغي ان يكون له تمام الاجرة عند محمد قهستاني وقال الواني كان اللائق ان يقول في اول المسئلة استأجر رجلا لايصال قط والاتيان بجوابه لانه لو لم يذكر في العقد اتيان الجواب يجب تمام الاجر صرح به في شرح المجمع انتهى (قوله وانما قيد بتبليغ الكتاب الخ) هذا القيد واحد من ستة تعلم بمراجعة الشرنبلالية (قوله لانه لو استأجره لتبليغ الرسالة الخ) لان الاجر بقطع المسافة لانه في وسعه واما الاسماع فليس في وسعه زيلعي وفرق في الشرنبلالية نقلا عن خط المقدسي بان الرسالة لا تخلو عن الاسرار بحيث ان المرسل لا يرضى باطلاع غير الرسول وغير المختوم من الكتاب لا يكون سرا وقال شمس الائمة الحلواني الرسالة والكتاب سواء (قوله ليذهب بطعامه) فاذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن حموي عن البزازية (قوله فلا اجر له) لانه نقض تسليم المعقود عليه عيني (قوله وعند زفر له الاجر) اى في الطعام صرح به الزيلعي وسياق كلام الشارح يدل عليه لان الاجر مقابل بحمله وقد وفى به فلا يسقط الاجر برده بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل ولو استأجره ليدعو له فلانا فذهب اليه فلم يجده له الاجر درعن الخانية ولو استأجره ليذهب بالكتاب الى بغداد فادعى انه دفع الكتاب اليه اولم يجده وانكر المستأجر ان برهن على دعواه وجب حموي عن البزازية (قوله لانه ان ترك المحمول في ذلك المكان الخ) بان دفع الكتاب او الطعام الى ورثته في صورة الموت اومن سلم اليه اذا حضر في صورة الغيبة كذا بخط شيخنا (قوله يستحق أجر الذهاب حامل الكتاب) وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى باقصى ما في وسعه وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شيء لانتفاء المعقود عليه درر وتبعه مصنف التنوير وتعقبه المحشون وعولوا على لزوم كل الاجر لكن في القهستاني عن النهاية اذا شرط المجيء بالجواب فنصفه والا فكله وهذا هو التوفيق در (فروع) قال القصار هذا ثوبك وقال المالك ليس هو هذا فالقول للقصار قال القصار رددت عليك الثوب وقال المالك ما رددت لا يصدق الا ببينة لانه يدعي الخروج عن الضمان كذا في الولوالجية أقول ينبغي ان يكون هذا على قولهما اما على قول ابي حنيفة فيصدق بيمينه حموي * دفع له ثوبا ليبيعه على ان له ما زاد على كذا فهو له قال ابو يوسف يكون اجارة ويكون في الثوب بمنزلة الاجير المشترك خانية * طلب ثوبه من القصار فقال دفعته الى رجل ظننت انه لك ضمنه حموي عن الظهيرية وقوله في الخانية يكون اجارة يعني فاسدة اذ ما سماه له من الاجر مجهول فيكون الثمن كله للمالك وللاجير اجر مثله

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

ذكر الزيلعي في باب المضارب يضارب انه لو استأجر شخصا باجرة معلومة ليبيع ويشتري شيئا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استأجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة ان يستأجره للخدمة مدة معلومة ثم يستعمله فيها في البيع والشراء قال شيخنا وهذا باطلاقه شامل للحر والعبد فيخالف ما ذكره في منية المفتي في الاعمال التي تصح الاجارة لها والتي لا تصح رامزا الى الفتاوى السراجية بعلامة س استأجر عبدا ليبيع له ويشتري جاز فلو لحقه دين اخذ المستأجر بذلك ولا سبيل للغرماء على العبد انتهى (قوله والقياس ان لا يجوز ما لم يبين) لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة وجه الاستحسان ان المتعارف فيها السكنى فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط ولانها أي السكنى لا تختلف زيلعي (قوله حال كونه حدادا) مقتضاه ان يقرأ يسكن بفتح الياء من الثلاثي المجرد ويفهم منه عدم اسكانه غيره بالاولى ويجوز ان يكون بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب ما بعده على المفعولية ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالاشارة بحر (قوله او طحانا) قال في البحر والمراد من الرحى غير رحى اليد اما رحى اليد لا يمنع من الطحن عليها وان كان يضر وعليه الفتوى كذا في الخلاصة انتهى وتعقبه شيخنا بان عبارة الخلاصة

وانما قيد بتبليغ الكتاب لانه لو استأجره لتبليغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل ولم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغ الرسالة ورجع فله الاجر بالاجماع كذا في شرح الهداية (او لحامل الطعام ان رده للموت) متعلق بالمسئلتين أي ان استأجره ليذهب بطعامه الى فلان بالبصرة فذهب ووجد فلانا ميتا اولم يجد فلانا او وجده لكن لم يدفع اليه فرده فلا أجر له وعند زفر له الاجر وانما قيد بقوله ان رده لانه ان ترك المحمول في ذلك المكان وعاد يستحق أجر الذهاب حامل الكتاب وكل الاجر حامل الطعام بالاجماع

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها) بان خالف المستأجر في الاجارة ما اقتضاه العقد (صح اجارة الدور والحوانيت) المعدة للسكنى وان (بلا بيان ما يعمل فيها) كان والقياس ان لا يجوز ما لم يبين (وله) أي للمستأجر (ان يعمل) فيها (كل شيء) مما لا يضر بالبناء نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع ونحو ذلك وله ان يسكنها في جميع الاحوال (الا انه) اى المستأجر (لا يسكن) حال كونه (حدادا او قصارا او طحانا)

وان كان يضر يمنع وعليه الفتوى ثم رأيت السيد الحموى ذكر ان ما فى البحر عن الخلاصة سقط منه لفظة يمنع (قوله الا برضا مالكه) يفهم منه انه لو كان وقفا ورضى المتولى بسكناه لا يكون كذلك حموى ولو اختلفا فى الاشتراط فالقول للمؤجر كما لو انكر اصل العقد وان أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لاثباتها الزيادة خلاصة وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة ان اتحد ضررهما ولو فعل ما ليس له لزمه الاجر وان انهدم به البناء ضمنه ولا اجر لانهما لا يجتمعان تنوير وشرحه قيد بالدور والحوانيت لان استئجار البناء وحده لا يجوز فى ظاهر الرواية لانه لا ينتفع به وفى القنية يفتى برواية الجواز اذا كان البناء منتفعا به كجدران مع السقف انتهى وفى الخلاصة اذا أجر باكثر مما استأجر تصدق بالفضل الا اذا اصلح فيها شيئا وأجرها بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس باصلاح وفى الجوهرة أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض او بعده وتنفسخ الاجارة فى الاصح كذا فى البحر وعلى هذا يطلب الفرق بين الاجارة بعد القبض والبيع حيث يجوز البيع من البائع بعد القبض حموى قلت فى الدر بعد ان عزا للبحر انه لو اجرها من المؤجر لا تصح وتنفسخ الاجارة على الاصح قال وسيجىء تصحيح خلافه الخ وعليه فلا فرق وفى القنية استأجر حانوتا ودفعا لدق الارز له ذلك ان لم يضر بالبناء وليس لمستأجر الدار الموقوفة ان يجعلها اصطبلا (قوله وصح اجارة الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة وفى فتاوى قارى الهداية لا يجوز اجارة الارض المشغولة بزرع الغير حيث كان الزرع بحق بان كان باجارة ما لم يستحصد الزرع الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل وان كان بغير حق صحت الاجارة لان الزرع واجب القلع وللمؤجر قدرة على تسليم ما أجره بان يجبره على قلع زرعه ادرك ام لا لانه لا حق له فى ابقائه انتهى والدار المشغولة بمتاع الساكن الذى ليس بمستأجر تصح اجارتها وابتداء المدة من وقت التسليم فارغة بحر عن القنية وقوله الذى ليس بمستأجر صادق بالمستعير وبما اذ كان مستأجرا فانقضت مدة الاجارة وفى التنوير وشرحه اجرها وهى مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع بحق لا يجوز ما لم يستحصد الزرع لكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة وما سبق عن قارى الهداية من قوله الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل كان يقول اجرتك ارضى غدا او من شهر كذا ليس المراد من اضافة الاجارة الى الزمن المستقبل مطلقا بل بشرط ان تكون الارض فارغة عند مجىء الزمن الذى اضيفت الاجارة اليه كذا ذكره شيخنا وينبغى ان يقيد ما سبق عن قارى الهداية من انه لا يجوز اجارة الارض المشغولة بزرع الغير ما لم يستحصد ان كان بحق بان كان باجارة شامل لما لو كانت الاجارة فاسدة كما لو استأجر ارض الوقف بدون اجر المثل بناء على ما رجحه الخصاف من ان المؤجر بدون اجر المثل لا يكون غصبا ويكون عليه اجر المثل ويدل عليه ما فى الفصل العاشر من العمادية استأجر بدون اجر المثل وزاد غيره وعقد بالزيادة فهو أحق ثم رأيت فى فتاوى قارى الهداية ان المستأجر اجارة فاسدة اذا زرع بحق وكذا المساقاة انتهى حموى عن المقدسى وحينئذ فقوله وان كان بغير حق صحت الاجارة أى بان لم تكن الارض فى يده بطريق الاجارة اصلا بل بطريق الغصب وكذا لم تكن بطريق الاعارة أيضا حتى لو استعار ارضا لزرعها لا تجوز اجارتها قبل ان يستحصد الزرع يشير الى ذلك التعليل الذى ذكره حيث علل قوله وان كان بغير حق صحت الاجارة بقوله لان الزرع واجب القلع الخ لكن اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يلزم المستعير أجر مثل الارض لما يستقبل (قوله وان لم يشترطهما) الا ان تكون الاجارة فى بلدة فان الشرب لا يدخل الا بالشرط حموى عن أبى الليث (قوله بخلاف ما لو اشترى الخ) لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع فى الحال ولهذا اجاز بيع الجحش والارض السبخة بخلاف الاجارة فانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما زيلعى (قوله ما يزرع) بفتح الياء حموى عن المعراج (قوله لا يصح العقد الخ) ويكون فاسدا للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه اذا البسه شخصا انقلبت صحيحة بحر وفيه عن القنية استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله ان يزرع فيها زرعين ربيعيا وخريفيا واذا لم تمكنه الزراعة فى الحال لاحتياجها الى السقى وكرى الانهار ان امكنه

الا برضا مالكه (و) صح اجارة (الاراضى للزراعة) وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترطهما بخلاف ما لو اشترى أرضا فان الشرب والطريق لم يدخلا بلا ذكر (ان بين ما يزرع فيها) لانه انما يصح [illegible] ما يزرع فيها [illegible] لا يصح العقد [illegible] لان ما يزرع فيها [illegible] بالارض (او) ان (قال على ان يزرع فيها ما شاء) (و) صح اجارة الارض (للبناء والغرس فان مضت المدة) [illegible] المستأجر ان لم يرض الآجر بتركهما (ويسلمها) حال كونها (فارغة) [illegible]

الزراعة فى مدة العقد جاز والا لا ويكون الاجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فقط وقيل بما ينتفع به وفيه عن غاية البيان وكما يجوز اجارة الارض للزراعة فكذا لغيرها كطبخ الآجر والخزف وفرع عليه صحة اجارتها مقيلا ومراحا كما هو الواقع فى زماننا قاصدين لزوم الاجر مطلقا شملها الماء وامكنت زراعتها أم لا (قوله لعدم نهايتهما) الا ان يكون فى الغرس ثمرة فتبقى بأجر المثل الى حين الادراك وفى القنية استأجر أرضا وقفا وبنى فيها او غرس ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها بأجر المثل اذا لم يكن فى ذلك ضرر ولو أبى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك قال فى البحر وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة وهى منقولة أيضا فى اوقاف الخصاف انتهى لكنه مخالف لما فى الاسعاف والعمادية من انه اذا كان رفع البناء لا يضر بالوقف يرفعه البانى لانه ملكه ويجبر عليه ولو بنى باذن القيم كان له الرجوع بما انفق على العمارة فى غلة الوقف وهى للوقف انتهى حموى عن المقدسى واقول ماذكره فى الاسعاف والعمادية يحمل على ما اذا كان ابقاء البناء يضر بالوقف فلا يخالف حينئذ ما فى البحر عن القنية والخصاف لانه مشروط بما اذا لم يكن فى ابقائه ضرر بقى ان يقال على ما سبق عن القنية والخصاف لا يحتاج فى ثبوت الخلو الى الحكم به من حاكم مالكى الا على وجه الاحتياط وقد استدل محمد بن محمد بن بلال الحنفى على جواز الخلو باشياء اوضحها ما نقله عن واقعات الضريرى رجل فى يده دكان فغاب ورفع المتولى أمره الى القاضى فأمره القاضى بفتحه واجارته ففعل المتولى ذلك ثم حضر الغائب فهو أولى بدكانه وان كان له خلو فهو احق بخلوه الخ ماذكره فى الفتاوى الخيرية (تتمة) رأيت بخط شيخنا أن الشيخ خير الدين الرملى الحنفى رحل الى مصر سنة سبع بعد الالف ولازم العلماء بالجامع الازهر أخذ عن الشيخ عبد الله النحريرى والسراج الحانوتى والشيخ احمد بن الشيخ احمد أمين الدين بن عبد العال وقرأ الاصول على المحبى والنحو على الشيخ أبى بكر الشنوانى ورجع من مصر الى بلده اواسط ذى القعدة سنة ثلاث عشرة والف انتهى وقوله وقرأ الاصول على المحبى يعنى به كان معاصرا للمحبى وللعلامة الشرنبلالى اذ كل منهما أخذ عن المحبى (قوله الا ان يغرم المؤجر قيمته مقلوعا) هذا هو الموافق لما فى الهداية والوقاية وجامع الفصولين خلافا لما فى الدرر من قوله مستحق القلع قال عزمى زاده والفرق بينهما واضح وفى الشرنبلالية قال ومعرفة قيمته كذلك يعنى مستحق القلع ان تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس بها هذا الشجر فيفضل ما بينهما هو قيمة الشجر قال وانما فسرناه بهذا لان قيمة المقلوع اريد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة مصروفة للقلع انتهى عن شرح المجمع ويوضحه ما نقله الحموى عن البرجندى حيث قال قيمة مستحق القلع اقل من قيمة المقلوع بمقدار أجرة القلع انتهى (قوله اى قيمة كل واحد منهما) يشير به الى صحة رجوع الضمير بلفظ الافراد الى البناء والغرس باعتبار التقدير المذكور (قوله بمنزلة التفسير) وليس تفسيرا لان التفسير لا يكون بالاسم والملك أعم من الغرم حموى (قوله او يرضى المؤجر بتركه) اعلم ان اشتراط رضا المؤجر بتركه مخالف لما قدمناه عن القنية حيث ذكر ان للمستأجر الاستبقاء بأجر المثل بعد انقضاء مدة الاجارة اذا لم يكن على الوقف ضرر ولو أبى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك قلت الظاهر ان ما ذكره هنا من ان بناء المستأجر اما ان يقلع او يغرم المؤجر قيمته او يرضى بتركه مفروض فيما اذا لم يشترط المستأجر ابقاء العمارة له بعد انقضاء مدة الاجارة وما فى القنية مفروض فيما اذا اشترط ذلك يرشد الى هذا ما نقله فى البحر عن القنية أيضا قبيل قول المصنف والرطبة كالشجرة حيث قال وفى القنية بنى فى الدار المسبلة بلا اذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع قيمته للبانى ويجوز للمستأجرين الغرس فى الموقوفة بغير اذن ان لم يضر دون حفر الحياض هذا اذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها اما اذا كان فيجوز الحفر والغرس وبناء الحائط من ترابها لوجود الاذن دلالة انتهى فتحصل ان المستأجر اذا بنى بشرط استبقاء العمارة له بأجر المثل بعد انقضاء مدة الاجارة ثبت له حق القرار حيث لا ضرر على الوقف وحينئذ ليس للمتولى تملكه لجهة الوقف الا برضاه وكذا ليس له تكليفه القلع وهذه هى مسئلة الخلو التى أشار

اليها

قوله لعدم نهايتهما هذه العلة ساقطة من نسخ الشارح الموجودة بايدينا ولعلها موجودة فى النسخة التى كتب عليها المحشى عقب قول الشارح فانهما المستأجر ان لم يرض المؤجر بتركهما فهى علة للقلع وهو ظاهر انتهى نقله مصححه من خط حضرة مفتى مصر

(الا ان يغرم المؤجر قيمته) اى قيمة كل واحد منهما حال كونه (مقلوعا) تفسير ان (يتملكه) المؤجر هذا بمنزلة التفسير لقوله ان يغرم المؤجر قيمته والبناء راضيا كان صاحب الغرس والبناء او لم يضر الارض فاما اذا ضر الارض فيتملكهما بغير رضاه (او يرضى) المؤجر

اليها فى البحر بقوله وبه تعلم مسئلة الارض المحتكرة واما ماعساه ان يفرق به بين المقامين بأن يقال ماهنا بالنسبة للاجارة فى الملك فلا يخالف مافى القنية والذى يظهر انه لا يصلح فارقا فان قلت يلزم على التسوية بين المقامين ثبوت الخلو فى الارض المملوكة قلت لا مانع منه بل فى كلامهم ما يشير اليه ففى الدر من كتاب الوقف عن قارئ الهداية وشارح الوهبانية وقف البناء بدون الارض صحيح ولو الارض مملوكة على ما عليه الفتوى انتهى ووجه الاشارة ان قوله ولو الارض مملوكة صادق بما اذا كانت لغير الواقف كما لا يخفى هذا ماظهر لى فى هذا المقام ولم أجد من نبه عليه ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية من كتاب الوقف مانصه ذكر فى الاشباه والنظائر فى القاعدة السادسة فى بحث العرف الخاص انه افتى كثير باعتباره قال فعلى اعتباره ينبغى ان يفتى بان ما يقع فى بعض اسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ويصير الخلو فى الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره ولو كانت وقفا الخ فقوله ولو كانت وقفا صريح فيما ذكرناه من التسوية بين الملك والوقف فى ثبوت الخلو واعلم ان الجدك المتعارف فى الحوانيت المملوكة ونحوها كالقهاوى ان تعلق بما له حق القرار كالبناء فلا فرق حينئذ بينه وبين الخلو فى الحكم وان تسمية ما بالملك بالجدك وما بالوقف بالخلو تفرقة اصطلاحية بخلاف ما اذا تعلق الجدك بما ليس له حق القرار كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والقشة والفوط بالنسبة للحمام ومن هنا ظهر ان الجدك أعم لصدقه بالخلو وغيره وفى حاشية الاشباه للسيد الحموى فى هذا المقام كلام طويل ذكره (قوله بتركه) وهذا الترك ان باجر فاجارة والا فاعارة فلهما ان يؤاجراهما لثالث ويقتسما الاجر على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا ارض فيأخذ كل حصته درعن المجتبى (قوله والرطبة كالشجر) المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الارض أبدا وانما يقطع ثمره او زهره واما اذا كان له نهاية معلومة كالفجل والجزر والباذنجان فينبغى ان يكون كالزرع يترك باجر المثل الى نهايته كذا حرره المصنف فى حواشى الكنز وقواه بما فى معاملة الخانية قلت بقى لوله نهاية معلومة لكنها طويلة كالقصب فيكون كالشجر كما فى فتاوى ابن الحلبى در (قوله والزرع يترك بأجر المثل الخ) رعاية للجانبين لان له نهاية معلومة بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان اولى مادامت المدة باقية اما بعدها فباجر المثل وكذا المستعير بخلاف الغاصب فانه يؤمر بالقلع مطلقا لظلمه وأجر المثل اما بالقضاء او بعقدهما حتى لا يجب الاجر الا باحدهما بحر عن القنية واستثنى فى الشرنبلالية ارض الوقف واليتيم والمعد للاستغلال فان وجوب أجر المثل لا يتوقف على القضاء ولا على العقد (قوله للركوب والحمل) بفتح الحاء كما فى الدرر وفى التقييد بهما اشارة الى انه لو استأجرها ليجعلها جنيبة بين يديه او ليربطها على باب داره ليراها الناس لا يصح تنوير وشرحه وسبق (تتمة) الشريك فى الدابة ليس له الانتفاع بدون اذن شريكه بخلاف الانتفاع بالبيت والخادم والارض اذا كان ينفعها الزرع درعن البحر والعمادية وابن قبيل شركة العقد ومفاده انه بالاذن لا جنى فى الانتفاع بالدابة يكون متعديا بالنسبة لحصة الشريك فيضمنها (قوله والثوب للبس) وان ليزين بيته او حانوته فسدت لما قدمناه من ان هذه منفعة غير مقصودة من العين واذا فسدت فلا اجر وكذا لو استأجر بيتا ليصلى فيه أو طيبا ليشمه او كتابا ولو شعرا ليقرأه او مصحفا درعن شرح الوهبانية ويكفى فى استئجار الثوب للبس التمكن منه وان لم يلبس كالسكنى تجب الاجرة بنفس القبض وان لم يسكن كما فى الخلاصة بخلاف ما اذا استأجر دابة ليركبها حيث لا يكفى التمكن حتى لو أمسكها فى منزله فى المصر لا يجب الاجر ويضمن لو هلكت عمادية ولو استأجرها للحمل فله الركوب وان للركوب لا يحمل عليها وان حمل فلا أجر لان الركوب يسمى حملا لا عكسه قال فى البحر فالحاصل انهم اتفقوا على ان من استأجرها للحمل له ان يركبها لكن الرازى قيده بأن لا يجمع بينهما والفقيه عمم (قوله فانه لا يجوز) للجهالة فلو اركبها او ركب بنفسه وجب عليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد وجه

(بتركه فيكون البناء والشجر لهذا) أي
للمستأجر (والارض لهذا) أي
للموجر (والرطبة كالشجر) فى حكم
القلع والترك على حالها (والزرع يترك
بأجر المثل الى ان يدرك) اى ان
انقضت المدة
ولم يدرك
ترك بأجر المثل الا ان يدرك
(و) صح اجارة (الدابة للركوب
والحمل) بشرط ان يبين من يركبها او
ما يحمل عليها (و) صح اجارة (الثوب
للبس فان اطلق) بان قال على ان
يركب او يلبس من شاء وهو المراد
بالاطلاق لان يستأجر الدابة
للركوب والبسه اطلاقا فانه لا يجوز
نص عليه فى الذخيرة والمغنى وشرح
الطحاوى (ان ركب والبس من شاء)
ولكن اذا ركب بنفسه او اركب
واحدا

ليس له ان يركب غيره (وان قيد
براكب ولابس) بان قال على ان يركبها
فلان او يلبسه فلان (فخالف)
المستأجر ثم عطب (ضمن ومثله
ما يختلف بالمستعمل) كالفسطاط
ونحوه حتى لو استأجر فسطاطا فدفعه
الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن
فيه حتى تلف ضمن عند أبي يوسف
وعند محمد لا يضمن (وما لا يختلف به)
من الاعيان (بطل تقييده كما لو اشترط
سكنى واحد فله ان يسكن غيره فان
سمى نوعا) آخر (وقدرا ككر بر له)
أي للمستأجر (حمل مثله) في الضرر
(واخف) كالشعير والسمسم (لا اضر)
أي ليس له ان يحمل ما هو اضر من البر
(كالملح) والحديد وان استأجر دابة
ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له
ان يحمل مثل وزنه حديدا (وان
عطبت بالارداف ضمن النصف) أي
ان استأجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
مطلقا سواء كان أخف او اثقل هذا
اذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين
فان علم انها لا تطيق ذلك يضمن
كل قيمتها ولو اردف صبيا
لا يستمسك عليها ضمن ما زاد الثقل
وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل
كذا في الفتاوى ثم المالك بالخيار
ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن
ذلك الرجل فان ضمن المستأجر
لا يرجع هو على ذلك الرجل مستأجرا
كان او مستعيرا وان ضمن ذلك الرجل
رجع هو على المستأجر ان كان ذلك
الرجل مستأجرا وان كان مستعيرا
لا يرجع ويلزم تمام الاجرة اذا عطبت
بعد البلوغ الى المقصد كذا في الذخيرة

الاستحسان ان المفسد هو الجهالة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان بالهلاك لانه غير متعد لعدم المخالفة زيلعي (قوله ليس له ان يركب غيره) فيه قصور اذ كان حقه ان يقول ولا ان يركب بنفسه ليكون لفا ونشرا حموي (قوله فخالف) من صور الخلاف ما ذكره في الخلاصة استأجر دابة ليركب الى مكان كذا فذهب الى مكان آخر فسلمت الدابة او هلكت فلا أجر عليه ولو لم يذهب الى مكان آخر بل الى المكان الذي استأجرها اليه لكن جاوزه ثم ردها اليه بعد المجاوزة فنفقت فهو ضامن قيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لانه ينتهي العقد بالوصول الى الاول فلا تصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجري على اطلاقه والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود قال في الهداية هذا اصح وقال في الكافي والاول أصح كذا في الدرر ووهمه في الشرنبلالية وذكر انه في الكافي اعتمد على ما اعتمد عليه في الهداية فلا مخالفة الخ (قوله ضمن) لان التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس ولا اجر عليه لعدم اجتماعهما لانا جعلنا فعله اتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل بالاجر ولذا لا أجر عليه ان سلم بخلاف ما اذا استأجر حانوتا وقعد حدادا او قصارا حيث تجب عليه الاجر اذا سلم لانه لما سلم تبين انه لم يخالف وانه لا يوهن البناء غاية البيان وفيه نظر اذ تقدم ان الحدادة والقصارة مما يوهن البناء واستفيد من كلام المصنف انه اذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما انه اذا عمم له ذلك وليس له الايداع في الاول ولو اضر ورده دون الثاني بحر وحموي (قوله حتى لو استأجر فسطاطا فدفعه الى غيره الخ) يعني وقد كان قيد بان يستعمله بنفسه حموي (قوله ضمن عند أبي يوسف) وكذا عند أبي حنيفة على ما نقله شيخنا عن المفتاح ووجه الضمان كما في الدرر تفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده ومحمد جعله كالسكنى فصار كالدار (قوله حمل مثله في الضرر) بشرط التساوي في الوزن والواو من قوله في الدرر وله حمل مثله وان تساويا في الوزن زائدة كما في الشرنبلالية قال في الدرر والاصل ان من استحق منفعة فاستوفاها او مثلها او دونها جاز ولو اكثر لم يجز (قوله كالشعير والسمسم) قال بعضهم فيه لف ونشر فيرجع قوله كالشعير الى مثل الحنطة في الضرر وقوله والسمسم الى قوله اخف وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها حموي ويؤيده ما في العناية حيث قال اذا كان الشعير والسمسم خمسة اقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا (قوله أي ليس له ان يحمل ما هو اضر من البر كالملح) وان كان مثلها كيلا لانه أثقل (قوله فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة والقطن ينبسط على ظهرها درر وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون عناية (قوله وان عطبت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات زيلعي والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما نصفان لانه رب جراحة واحدة اكثر تأثيرا من عشر جراحات عناية (قوله يضمن كل قيمتها) كذا لو حمله الراكب على عاتقه لكون الثقل يجتمع في مكان واحد وان كانت تطيق حملهما بحر عن النهاية (قوله ضمن ما زاد الثقل) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الاذن درر ومنه يعلم ما في صدر عبارة البحر من الايهام لان قوله أطلق الارداف فشمل ما اذا أردف خلفه ولد الناقة الذي ولدته بعد الاجارة يوهم ان الواجب ضمان نصف القيمة وكأنه في البحر اتكل في دفع هذا الايهام على ما اشار اليه آخر العبارة (قوله ويلزم تمام الاجرة اذا عطبت الخ) أي مع نصف قيمتها أما الاجر

فلانه

فلانه استوفى المنفعة وأما الضمان فلانها تلفت بركوب اثنين احدهما غير مأذون فيه كما فى الخلاصة والحاصل ان ضمان نصف القيمة بالنظر لركوب غيره ولزوم الاجر بالنظر لركوبه بنفسه فكان الجمع بين الاجر والضمان باعتبارين مختلفين واعلم ان ضمان نصف القيمة محله ما اذا كان الرديف غير المستأجر فلو كان هو ضمن الكل ولا اجر لانه صار غاصبا (قوله وبالزيادة على الحمل الخ) هذا اذا حملها المستأجر فان حملها صاحبها وحده فلا ضمان على المستأجر وان حملاها معا وجب النصف على المستأجر ولو كان الجوالقين فحمل كل واحد جوالقا وحده ووضعاه عليها معا اومتعاقبا لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد ومفاد ما فى الغاية انه لاضمان على المستأجر سواء تقدم اوتأخر وهذا هو المعول عليه خلافا لما فى الخلاصة ومشى عليه فى التنوير حيث قال ولا ضمان لو حمل المستأجر ولا ثم رب الدابة وان حملها ربها اولا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة انتهى (قوله ضمن مازاد الثقل) ونوقض بما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف فى استعماله لدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما الحمل فيكون جملة واحدة (قوله لا تطيقه) قال فى القاموس وقد طاقه طوقا وأطاقه (قوله مخاتيم) فى المغرب المختوم الصاع ويشهد له حديث الخدرى الوسق ستون مختوما كذا بخط شيخنا ووجه الشهادة ان الوسق ستون صاعا كما قدمناه غير مرة (فحمل عليها خمسة عشر مختوما) أى حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها ضمن الكل ولم يتعرضوا للاجر اذا سلمت لظهور وجوب المسمى فقط اما ان حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام وأما اذ حمله المستأجر زائدا على المسمى فلان منافع الغصب لا تضمن عندنا ومنه يعلم حكم المكارى فى طريق مكة بحر فلا يستحق شيئا زائدا على المسمى اذا زاد المستأجر على القدر المشروط (قوله يضمن ثلث قيمتها) ويجب كل الاجرة ولا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول الاجر فى مقابلة الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد كما تقدم نظيره بحر (قوله يضمن جميع القيمة) لان الدابة هلكت بغير المأذون فيه وفى الزيادة من الجنس هلكت بالمجموع زيلعى بتصرف (قوله وقالا لا يضمن الخ) لدخوله تحت مطلق العقد ولابى حنيفة ان الاذن مقيد بوصف السلامة وعلى هذا الخلاف ضرب الاب او الوصى الصغير اذا لم يتجاوز تأديب مثله بخلاف العبد المستأجر حيث يضمن بضربه بالاتفاق لانه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وفى غاية البيان عن التتمة الاصح رجوع الامام الى قولهما والمعلم والاستاذ ليس لهما ضرب الصغير الا باذن الاب والوصى وأما ضرب دابة نفسه ففى القنية عن أبى حنيفة يخاصم فيما زاد على التأديب زيلعى وبحر وللزوج ضرب الزوجة فى مواضع عددها فى البحر (قوله ونزع السرج) فلو استأجره عريانا ليركب خارج المصر فأسرجها لا يضمن اتفاقا وان لركوب فى المصر فان كان من الاشراف لا يضمن اتفاقا وان كان من الاسافل يضمن وقيد بتبديل سرجها باكاف لانه لو بدل اكافها بسرج لا يضمن اتفاقا لانه أخف من الاكاف شرنبلالية عن شرح المجمع وفيه مخالفة لما نقله الحموى عن الخلاصة ونصه استأجره عريانة فأسرجها وركبها ضمن الخ والوجه يشهد لما فى الخلاصة لانه اذا استأجرها عريانة لم يكن راضيا باسراجها وفى كلام الزيلعى ما يدل عليه (قوله ضمن كل القيمة عند أبى حنيفة اذا هلك) لان الاكاف ليس من جنس سرج الدابة لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة درر (قوله وعندهما يضمن الزيادة) لان السرج والاكاف سواء فاذا رضى بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف فيضمن الزيادة بحسابه زيلعى وفى الحقائق عن العيون الفتوى على قولهما انتهى واختلف فى تفسير الزيادة قيل مساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الحمار قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة وقيل ثقلا حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثى القيمة شرنبلالية عن البرهان (قوله بان اسرج الحمار بسرج

(و) ان عطبت (بالزيادة على الحمل المسمى مازاد) أى اذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل الا اذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن قيمتها فلو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت يضمن ثلث قيمتها هذا اذا كانت زيادة الثقل من جنس المسمى اما اذا كانت من غير جنسه يضمن جميع القيمة لا قدر الزيادة فقط كذا فى الاصل (و) ان عطبت (بالضرب والكبح) أى ضرب الدابة وكبحها باللجام أى جذبها الى نفسه لتقف اذا اسرعت فى السير فعطبت ضمن كل قيمتها عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا (ونزع السرج والايكاف) يعنى اذا اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واوكفه باكاف لا يوكف بمثله يضمن اجماعا وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمير ضمن كل القيمة عند أبى حنيفة اذا هلك وعندهما يضمن الزيادة (أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) أى نزع سرجه واسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير بان اسرج الحمار بسرج البرذون ضمن كل القيمة وان كان بسرج بمثله لا يضمن الا اذا كان زائدا عليه فى القدر فحينئذ يضمن الزيادة (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا)

البرذون الخ) لانه يعد اتلافا للدابة كمن أبدل الحنطة بالحديد درر (قوله فعطبت ضمن الكل) وان لم تهلك وبلغ فله الاجر استحسانا ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين عيني (قوله أي اذا استأجر رجلا ليحمل له متاعا وعين له الطريق الخ) فيه تأمل لان كلام المصنف في عطب الدابة المؤجرة لا في المتاع المستأجر على حمله حموي وتعقب بان كلام المصنف هنا في المتاع بقرينة قوله وحمله في البحر وعبارة المصنف مساوية لعبارة الدرر وقد قال في شرح قوله وسلوك طريق أي يضمن الحمال قيمة متاع بسلوك طريق الخ وأقول ما ذكره في الدرر أحد احتمالين بالنسبة لكلام المصنف وحمل كلام المصنف على الاحتمال الثاني هو المناسب لكلام الشارح حيث ذكر فعل العطب مؤنثا اعني قوله فعطبت لان تأنيثه يعين ما ذكره الحموي من ان كلام المصنف في عطب الدابة المؤجرة لا في المتاع أي لا في عطب المتاع المستأجر على حمله والظاهر ان ما ذكره الحموي من التأمل ينبني على ما وقع في نسخته من ذكر فعل العطب مجردا عن علامة التأنيث لكن كان المناسب لتأنيث فعل العطب المشعر بان الكلام في عطب الدابة لا في عطب المتاع تأنيث فعل الهلاك أيضا الا ان يقال ذكره لتأويل الدابة بالمركوب وما قيل من ان قول المصنف وحمله في البحر قرينة على ما ادعاه غير مسلم لانها مسئلة اخرى لا تعلق لها بما قبلها فتدبر (قوله فلا ضمان عليه اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت) لانه لا فائدة في تعيينه حينئذ (قوله بان كان لطريق المسلوك اوعر) قال العلامة المقدسي قلت قد يتعين الاوعر لخوف في السهل اوعكسه فاذا خالف ما الحكم حموي (قوله وحمل في البحر) اذا قيد بالبر فلو لم يقيد لا يضمن بحر وسيأتي في كلام الشارح ما يشير اليه وهو قوله اي ان استأجر رجلا ليحمل متاعا في البر الخ ومن هنا يعلم ما في عبارة الدرر من الايهام حيث ذكر المسئلة مطلقة عن هذا القيد وعلل الضمان بقوله لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر لا البحر انتهى وكان الظاهر تعليل الضمان بالمخالفة (قوله أي اذا استأجر ليحمل متاعا في البر الخ) أشار بهذا التفسير الى ان حمل كلام المصنف على ظاهره غير صحيح لان ظاهره ان الدابة عطبت بالحمل في البحر وهذا لا وجه له فتدبر حموي (قوله وان بلغ المتاع الخ) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة عناية بقي ان يقال ظاهر قول الشارح وان بلغ المتاع الخ تعلقه بقول المصنف وحمله في البحر فقط وليس كذلك فلو حذف الشارح المتاع او زاد عليه قوله او الدابة لكان اولى ليتعلق بالمسئلة التي قبلها أيضا وهي قوله وسلوك طريق الخ وما في العيني من ذكر المتاع مع ما صرح به من جعل قوله وان بلغ متعلقا بالمسئلتين ينبني على أحد الاحتمالين الذين قدمناهما في قول المصنف وسلوك طريق الخ (قوله ضمن ما نقص من الارض) ولا أجر على المستأجر أما ضمان ما نقص فلان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر وأما عدم الاجر فلانه صار غاصبا حيث اشغل الارض بجنس آخر درر قيد بزرع الاضر لانه بالاقل ضررا لا يضمن ويجب الاجر كما في الدرر لانه خلاف الى خير فلم يكن غاصبا (قوله فخاطه قباء الخ) وكذا اذا خاطه سراويل في الاصح تنوير للاتحاد في اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد حموي والقباء ما تلبسه الاتراك مكان القميص فارسي معرب (قوله ان شاء ضمنه قيمة ثوبه الخ) لانهما يتقاربان في المنفعة لانه يقد وسطه و ينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة درر ومثل الخياط الصباغ اذا خالف فصبغ الاصفر مكان الاحمر فان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وان شاء اخذه واعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا اجر له ولو صبغ رديئا ان لم يكن فاحشا لا يضمن وان كان فاحشا يضمن قيمة ثوب أبيض ولو قال للخياط اقطع طوله وعرضه وكمه كذا فجاء ناقصا ان كان قدر اصبع ونحوه فهو عفو وان اكثر ضمنه ولو قال ان كفاني قميصا فاقطعه وخطه فقطعه ثم قال لا يكفيك ضمنه ولو قال أيكفيني قميصا فقال نعم فقال اقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن تنوير وشرحه عن الخلاصة (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة الخ)

لان

قوله فعطبت الخ حق هذه القولة التأخير عن التي بعدها كما هو ظاهر اه مصححه

أي اذا استأجر رجلا ليحمل له متاعا وعين له الطريق فاخذ في طريق آخر مما لا يسلكه الناس فعطبت ضمن الكل فان كان مما يسلكه الناس فهلك فلا ضمان عليه اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت اما اذا كان بين الطريقين تفاوت بان كان الطريق المسلوك وعرا او ابعد او اخوف مما عينه المالك ضمن كل قيمته (وحمل في البحر) ضمن (الكل) أي اذا استأجر رجلا ليحمل ما في البر فحمله في البحر كما يحمل الناس وعطب ضمن الكل قوله الكل يتعلق بالمسائل المذكورة كلها من قوله وبالضرب (وان بلغ) المتاع الى المقصد (فله الاجر و) قد (زرع رطبة و) قد أذن بالبر أي استأجر ارضا ليزرعها برا فزرعها رطبة ضمن (ما نقص) من الارض (ولا أجر) على المستأجر (وخياطة قباء و) قد (أمر بقميص) أي ان دفع الى خياط ثوبا وأمره ان يخيط قميصا بدرهم فخاط قباء وعمل بالخلاف (ان شاء ضمنه) فلرب الثوب الخيار (قيمة ثوبه) وترك القباء عليه (وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) ان شاء وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب والخياط ضامن قيمة ثوبه

لان القميص والقباء جنسان فصار غاصبا زيلعى

(باب الاجارة الفاسدة)*

انزلها عن الصحيحة لان الاصل فى عقود اهل الاسلام الصحة جرى والفاسد ما كان مشروعا باصله دون وصفه وحكمه وجوب اجر المثل والباطل ما ليس مشروعا أصلا ولا اجر فيه ولا تملك المنافع فى الاجارة الفاسدة بالقبض حتى لو قبضها المستاجر ليس له ان يؤجرها ولو اجرها وجب اجر المثل ولا يكون غاصبا وللمؤجر الاول ان ينقض الثانية وفى البيع الفاسد يملك المبيع بالقبض تنوير وشرحه عن البحر معزيا للخلاصة قال وفى الاشباه المستأجر فاسدا لو اجر صحيحا جاز انتهى فافى الاشباه يشير الى ان المنافع فى الاجارة الفاسدة تملك بالقبض كالبيع الفاسد وقولهم الباطل ما ليس بمشروع اصلا كما اذا استأجر بميتة او دم اعنى ما ليس بمال عند أحد كما تقدم ثم المراد باجر المثل اجر شخص مماثل له فى ذلك العمل والاعتبار فيه لزمان الاستئجار كما فى وقف الظهيرية ولمكان الاستئجار من جنس الدراهم او الدنانير لا من جنس المسمى ان كان غيره ولو اختلف اجر المثل بين الناس فالوسط والاجر يطيب وان كان السبب حراما قهستانى وفى اجارة الاشباه اجرت دارها من زوجها ثم سكنا فيها فلا أجر قال العلامة المقدسى والفتوى على انه يصح لان سكناها معه لا تمنع التسليم كما فى المضمرات انتهى ومثله فى الخانية ثم لا يتبعيتها له فى السكنى (قوله يفسد الاجارة الشرط) يعنى الخارج عن مقتضى العقد لا مطلقا ولهذا ضبطه الكرخى فقال ما كان ماوقع عليه عقد الاجارة مجهولا فى نفسه أو فى اجره أو فى مدة الاجارة او فى العمل المستأجر له فالاجارة فاسدة وكل ما افسد البيع يفسدها بحر وكذا تفسد الاجارة باشتراط طعام العبد او علف الدابة او مرمة الدار او مغارمها او مؤنتها او عشر ارض او خراج على المستأجر واعلم ان ما لدر عن الاشباه حيث سوى بين طعام العبد وعلف الدابة هو قول المتقدمين وأما فى زماننا فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة كما فى الشرنبلالية عن الخانية وذكر فى البحر تفريعا على ما سبق من ان شرط المغارم ونحوها يفسد الاجارة ان ما يقع فى زماننا من اجارة ارض الوقف باجرة معلومة على ان المغارم او كلفة الكاشف او الجرف على المستأجر فاسد وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى اه وهو مخالف لما ذكره المقدسى من ان أجر المثل فى الوقف يجب بالغا ما بلغ قال شيخنا ودار الصبى كالوقف (قوله مثل ان يستأجر الخ) يشير به الى ان مطلق الشرط لا يفسد الاجارة وانما يفسدها الشرط المخالف لمقتضى العقد لانه يفضى الى المنازعة حموى وسق (قوله واستيفاء المستأجر المنفعة) أى وجه استيفاء المنفعة فأجر المثل فى الفاسدة لا يجب بمجرد التمكن بل لا بد من وجود الاستيفاء بالفعل بخلاف الاجارة الصحيحة حيث يكفى لوجوب المسمى مجرد التمكن لكن ذكر فى الاشباه من كتاب الاجارة ما نصه وظاهر ما فى الاسعاف وجوب الاجر فى الفاسدة بالتمكن اذا كان وقفا (قوله لا يجاوز المسمى) فان كان مساويا لاجر المثل او زاد عليه فأجر المثل وان كان اقل فالمسمى قهستانى الا فى الوقف ودار الصبى كما سبق هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا استأجر باجرة معلومة بشرط ان يعمرها واستثنى الزيلعى ما اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل بالغا ما بلغ ان سكنها قال فى البحر وفيه نظر لان الاجرة ان لم تكن مسماة فهى المسئلة المتقدمة وان كانت مسماة ينبغى ان لا يجاوز المسمى واجاب المقدسى بانه لما شرط عدم السكنى لم يكن راضيا بالمسمى قال الحموى وفيه تأمل فتدبره انتهى ثم ظاهر ما فى البحر عن الخلاصة من قوله وان شرط ان يسكنها المستأجر وحده يجوز انتهى اعتبار هذا الشرط وليس كذلك ففى منية المفتى شرط رب الدار على المستأجر ان يسكن وحده له ان يسكن مع نفسه غيره انتهى قال شيخنا فهو صريح فى ان شرط السكنى وحده لا يعتبر (قوله وقال زفر والشافعى الخ) لان المنافع متقومة فتجب القيمة بالغة

(باب الاجارة الفاسدة يفسد الاجارة الشرط) مثل ان يستأجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فلا أجر عليه (وله) أى للاجر (أجر مثله) بعد التسليم واستيفاء المستأجر المنفعة حال كونه (لا يجاوز به) أى باجر المثل الاجر (المسمى) وقال زفر والشافعى يجب اجر المثل بالغا ما بلغ (فان أجر دارا) على شرط انها

مابلغت عند تعذر المسمى ولنا ان المنافع لا قيمة لها فى أنفسها عندنا وانما تتقوم بالعقد أو شبهه وان لم تتقوم فى انفسها وجب الرجوع الى ماقومت به فى العقد وسقط مازاد عليه لرضاهما باسقاطه درر وقوله اوشبهته وهو العقد الفاسد وانى أفندى (قوله كل شهر الخ) كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم كذا بخط شيخنا (قوله صح فى شهر فقط) لان كلمة كل دخلت على مجهول فانصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد فى الباقى للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند ابى حنيفة وهما وافقاه فى المشهور واجاز العقد فى الكل فى الصبرة والفرق لهما ان الشهور لانهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل زيلعى (قوله بحضرة صاحبه وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند ابى يوسف يجوز قياسا على الفسخ بشرط الخيار زيلعى (قوله الا ان يسمى الكل) بان يقول اجرتك دارى عشرة اشهر كل شهر بكذ لان المدة صارت معلومة فانتفت الجهالة (قوله وكل شهر سكن ساعة منه صح العقد فيه) لحصول رضاهما بذلك ولم يكن للمؤجر اخراجه الى ان ينقضى ولو فسخ اثناء الشهر لم تنفسخ وقيل تنفسخ اذا خرج الشهر ولو قال فى اثناء الشهر فسخت رأس الشهر تنفسخ اذا هل الشهر فيكون فسخا مضافا ولو عجل أجرة شهرين او ثلاثة لا يكون لواحد منهما الفسخ فى قدر المعجل اجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة فى ذلك القدر فيكون كالمسمى فى العقد عينى وزيلعى (قوله وفى ظاهر الرواية الخ) وبه يفتى لان فى اعتبار الساعة حرجا عظيما زيلعى (قوله وان لم يسم اجر كل شهر) لان المدة معلومة الاترى ان اجارة شهر واحد تصح وان لم يسم قسط كل يوم درر (قوله وابتداء المدة وقت العقد) لان الاوقات كلها فى حكم الاجارة سواء وفى مثله يتعين الزمن الذى يعقب السبب كما فى الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا شهرا حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم درر (قوله يهل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء أى يبصر عناية وقارى الهداية وجرى عليه نوح افندى وجوز الاتقانى ان يكون على صيغة المبنى للفاعل وعلى صيغة المبنى للمفعول قال فى الجمهرة هل الهلال وأهل ومنع الاصمعى هل وقال لا يقال الا أهل وأهللنا نحن اذا رأينا الهلال كذا بخط شيخنا (قوله اى يوم الغرة) قال الاتقانى فيه نظر بل المراد بحتى يهل الهلال اوّل الليلة الاولى من الشهر حموى (قوله وعند محمد الخ) لان الاصل فى الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك فى الشهور المتخللة وتعذر الاول فيكمل بايام الشهر الاخير وله ان الشهر الاول يتم بايام تليه من الشهر المتصل به فيبدأ الشهر الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدّة كل شهر ثلاثون يوما والسنة ثلاثمائة وستون يوما عينى (قوله وذكر فى الذخيرة الخ) عبارتها على ماوجدته بخط السيد الحموى فى مسودة شرحه اذا عقد الاجارة على كل شهر بدرهم ان وجدت فى وسطه يعتبر الشهر الذى يلى العقد بالايام وكذا كل شهر بعد ذلك بلا خلاف لانهما انما يعتبران بالاهلة اذا علم اخر المدة ليمكن تكميله منه انتهى (قوله وصح اخذ اجرة الحمام) لانه عليه السلام دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس ولا اعتبار بالجهالة لانها لا تفضى الى المنازعة والنساء فيه كالرجال هو الصحيح للحاجة بل حاجتهن أكثر لكثرة اسباب اغتسالهن وكراهة عثمان محمول على مافيه من كشف العورة درر وزيلعى وفى الاشباه يكره لها دخول الحمام فى قول وقيل الا المريضة او نفساء والمعتمد عدم الكراهة مطلقا قلت ولاشك فى زماننا فى الكراهة لتحقق كشف العورة در قال الحموى والحمام مؤنث فى الاغلب وجمعه حمامات على القياس وفى ذكرى ان اول من وضعه نبى الله سليمان عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والحجام) لانه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجرته وقالت الظاهرية لا يحل لما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن اجرة عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان وبه قال احمد قلنا انه منسوخ كذا ذكره العينى فان قلت حيث كان الحديث منسوخا فعدم الجواز فى عسب التيس وقفيز الطحان مشكل قلت النسخ بالنسبة لكسب الحجام فقط لا مطلقا هذا ما ظهر لى ثم رأيت التصريح به فى كلام

الزيلعى

(فى كل شهر بدرهم صح) العقد (فى شهر) واحد (فقط) فتفسد فى بقية الشهور ثم اذا تم الشهر الاول فلكل واحد منهما ان ينقض الاجارة بحضرة صاحبه (الا ان يسمى الكل) اى كل شهر عددا فحينئذ يصح (وكل شهر سكن ساعة منه صح) العقد (فيه) اى فى ذلك الشهر وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين وفى ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها وفى الخلاصة وفى الفتاوى الصغرى رجل استأجر دارا للسكنى كل شهر بكذا جاز ولزم فى الشهر الذى يليه ولا يلزمه فى سائر الشهور بالاجماع (وان استأجرها) اى دارا بعشرة دراهم (سنة صح) العقد (وان لم يسم أجر كل شهر وابتداء المدة وقت العقد) ان لم يسم شيئا وان سمى يعتبر ما سمى (فان كان) العقد (حين يهل) الهلال أى يوم الغرة (تعتبر الاهلة) فشهور السنة كلها بالاهلة (والا) اى وان لم يكن يوم الغرة بان كان فى اثناء الشهر (فبالايام) فشهور السنة كلها بالايام ثلاثون يوما عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعن محمد وهو رواية عن أبى يوسف الشهر الاول بالايام والثانى بالاهلة ويكمل الاول ثلاثين يوما بايام الآخر وذكر فى الذخيرة اذا استأجر فى اثناء الشهر يعتبر الكل بالايام بالاتفاق (وصح أخذ اجرة الحمام والحجام لا اجرة عسب التيس)

الزيلعي فلله الحمد (قوله لا عسب التيس) بسكون السين لان ثمرته المقصودة غير معلومة لانه قد يلقح وقد لا يلقح فهو غرر ولانه لا قيمة لمائه ولان المؤجر التزم مالا قدرة له على تسليمه حموي عن البرجندي قال شيخنا والتقييد في كلام المصنف بالاجرة للاشارة الى ان المراد بالنهي عن عسب التيس النهي عن اخذ الاجر عليه فكان حراما صرح به الزيلعي والاختيار والتيس في الاصل الذكر من المعز اذا حال عليه الحول قال البرجندي على ما نقل عنه الحموي والمراد به هنا مطلق الفحل وفي استئجار الكلب والبازي للاصطياد روايتان ولو استأجر قرد الكنس بيته يجوز اذا ذكر المدة لانه يعمل بالضرب بخلاف السنور لصيد الفأرة لانه يعمل لنفسه ومحصل ما نقله شيخنا عن شرح المنظومة لابن الشحنة ان الخلاف ثابت في الكل حتى في كلب الحراسة بخلاف مسئلة السنور فانه متفق عليها (قوله وهو ضرابه) ويقال ماؤه كذا في الصحاح وذكر في المجمل ان العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل (قوله عسب الفحل) بابه ضرب (قوله كذا في المغرب) الذي في المغرب انّ المراد بالنهي عن عسب التيس نهيه عن كراء العسب على حذف مضاف انتهى (قوله ولا الاذان الخ) لان القربة تقع عن العامل ولقوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به بخلاف الاستئجار على اداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم العلوم الادبية عيني (قوله وتعليم القرآن) اعلم ان المستأجر للختم ليس له ان يأخذ الاجر اقل من خمسة وان يعين درهما شرعيا ٧ الا ان يهب ما فوق المسمى الى خمسة وان يعين درهما بعد العقد عليه او شرط ان يكون ثواب ما فوقه لنفسه فلا يأثم ولو قال اقرأ بقدر ما قدرت من الاجر حين امره بالختم بابل من خمسه وان يعين فقرا من القرآن ذلك المقدار من الثلث او ان يبع فلا يأثم مقدسي عن الكواشي والمبسوط قال الحموي قلت واصل المسئلة مخرجة على قول المتأخرين من جواز الاستئجار على الطاعات (قوله ثم المذهب عندنا الخ) ولان القربة اذا صدرت من اهلها وقعت عنه فلا يجوز اخذ الاجرة من غيره عما وقع له قال العلامة المقدسي ويشكل على هذا الحج عن الغير لانه يقع عن الآمر على الصحيح مع ان نية الآمر ليست بشرط وكان العامل عاملا للآمر لا لنفسه مع انه طاعة وعلى قول محمد لا يقع له الا ثواب النفقة يبقى الاشكال بان ثوابه وقع لغير الفاعل مع انه قربة فيشكل على قولهم القربة متى وقعت يقع ثوابها لفاعلها لا لغيره انتهى قال الحموي هذا البحث ذكره قاضي زاده مع زيادة انتهى قلت ولا خصوصية للحج عن الغير اذ غيره من الطاعات كذلك بناء على ما ذهب اليه ائمتنا من ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره (قوله بخلاف الاستئجار على الصلاة والصوم) فانه لا يصح اتفاقا اما عندنا فلعدم جواز النيابة واما عند الامام الشافعي فلتعين اقامتهما عليه (قوله او الكتابة) عطف الكتابة على الخط من عطف التفسير (قوله او الشعر) عطفه على ما قبله من عطف الخاص على العام حموي (قوله والفتوى اليوم الخ) لانه ظهر التواني في الامور الدينية وقولوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمسلمين عطيات من بيت المال وكان للناس رغبة في التعليم حسبة ولم يبق ذلك ثم ان صحت الاجارة بضرب المدة وجب المسمى والا فاجر المثل عناية ودرر (قوله لتعليم القرآن) وقراءته واختلفوا في الاستئجار على قراءة القرآن على القبر مدة معلومة والمختار انه يجوز كذا في الجوهرة وقال في القنية بنى مقبرة ووقف عليها ضيعة وشرط ان ثلاثة ارباعها للمتفقهة والربع على مصالح المقبرة من الكنس وفتح الباب وغلقه وعلى من يقرأ عند قبره وجعل آخره للفقراء قال يحل لمن يقرأ عند قبره اخذ هذا المرسوم وقال بعضهم ان كان القارئ معينا يجوز والا فلا الخ قال شيخنا وقد صححه صاحب البحر في كتاب الوقف (قوله يجبر الاب) ولو بالحبس به يفتي تنوير وشرحه (قوله على الحلوة) هي ما يهدى للمعلم على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلوة درر (قوله وذكر في الخانية واجمعوا الخ) اي المتقدمون فلا يخالف ما استحسنه المتأخرون الى هذا اشار شيخنا وكذا لو استأجر مصحفا او كتابا ليقرأ فيه فقرأ لم يجز ولا اجر له لان القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لا من الكتاب فصار كما لو استأجر شيئا لينظر اليه شيخنا عن الاختيار (قوله

٧ قوله الا ان يهب الخ في بعض النسخ زيادة قوله هذا الى المسمى شيئا من الاجر قبل قوله الا ان يهب ويظهر ان هذه الزيادة غير ظاهرة اه مصححه

وهو ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا اذا قرعها كذا في المغرب

(و) لا لاجرة (الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) وصورة المسئلة ان يقول استأجرتك بكذا على ان تعلم عني او ان تؤذن اما اذا امره بالحج او الاذان من غير ذكر الاجارة فيجوز كذا في الاصلي ثم المذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار باطل بخلاف بناء المساجد واقتناء الطعام وعند الشافعي وكل ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار على ذلك صحيح بخلاف الاستئجار على الصلاة والصوم وعند بعض تعليم القرآن والفقه يشير الى انه لو استأجر لتعليم الخط او الكتابة او علم الادب او الشعر او الحساب او الطب جاز (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وكذلك نفى اليوم بجواز الاجارة على تعليم القرآن والفقه قال مشايخنا يجبر الاب على دفع الاجر الى الاستاذ وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وقال الامام ابو بكر الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة كذا في الذخيرة والروضة وذكر في الخانية واجمعوا على ان الاستئجار على تعليم الفقه باطل

ولا تجوز الاجارة على الغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب الاجر وان اعطاه الاجر وجب رده و فى المحيط اخذ الاجر من غير شرط يباح لانه عن طوع من غير عقد وكذا لا تجوز الاجارة على الحداء او قراءة الشعر والطبل انما يكون منهيا اذا كان للهو فلو لغيره كطبل الغزاة والعرس والقافلة فلا بأس به عينى والحداء سوق الابل والغناء لها والغناء من السماع بالكسر والمد واما المقصور فهو اليسار كما فى الصحاح واما بالفتح مع المد فهو النفع كذا بخط شيخنا ونقل عن المصباح ما نصه الغناء ككتاب وقياسه الضم لانه صوت وقال ناحت المرأة على الميت نوحا من باب قال والاسم النواح وربما قيل نياح بالكسر فهى نائحة انتهى وغنى بالتشديد ترنم بالغناء والنوح البكاء على الميت وتعديد محاسنه ذكره البرجندى ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد ولو استأجر القاضى رجلا ليقوم فى مجلس القضاء و يقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز زيلعى وذكر الكرخى انه اذا ذكر مدة فى استئجاره للحدود والقود جاز واليه مال شمس الائمة وفرق بانه اذا لم تذكر كان عقدا على عمل مجهول ولا يدرى ايوجد ام لا وبذكرها يكفى تسليم النفس حموى (قوله وفسد اجارة المشاع) بان يؤجر نصيبا من داره مشتركة من غير شريكه او من احد شريكيه در عن انفع الوسائل والعمادية وانما فسدت لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسى لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لان المقصود به الملك وهو امر حكمى يمكن فى المشاع فيجوز درر ثم ما ذكره المصنف من فساد اجارة المشاع هو الصحيح فيجب اجر المثل قهستانى وقيل انه باطل برجندى (قوله الا من الشريك) سواء اجر كل نصيبه او بعضه لانه لا شيوع فى حقه اذ الكل فى يده وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه و يجوز ان يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار دون آخر فيمنع من جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل فى الشائع لما تقدم ان الشريك والاجنبى فيه سواء و يمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه فى المشاع غير متصور والشريك والاجنبى فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما تعذر التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك عناية واعلم ان قوله الا من الشريك ظاهره جواز اجارة المشاع من الشريك مطلقا واحدا او اثنين لكن ذكر فى العمادية اذا كانت الدار بين ثلاثة فأجر احدهم نصيبه لا يجوز حموى واقول سبق عن الدر معزيا لانفع الوسائل والعمادية ما مقتضاه كون المراد بالشريك فى كلام المصنف خصوص الواحد وعليه فلا استدراك (قوله وعندهما يجوز) لان للمشاع منفعة والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كالبيع بشرط بيان نصيبه وان لم يبينه لا يجوز فى الصحيح كذا فى الشرنبلالية وغيرها وفيه بحث للعلامة المقدسى يعلم بمراجعة شرح الحموى (قوله والفتوى على قولهما) كذا فى الزيلعى والعينى وشرح المجمع لابن مالك وتهذيب القلانسى و يخالفه ما فى ايضاح الاصلاح عن الحقائق من قوله والفتوى على قوله ومثله فى الخانية (قوله كذا فى المغنى) قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا عن قاضيخان وغيره كذا بخط شيخنا معزيا للشارح الكنز احمد بن يونس الشهير بالشلبى وكذا فى الدر معزيا للعلامة قاسم فى تصحيحه قال و فى البدائع لو أجر مشاعا يحتمل القسمة فقسمه وسلمه جاز لزوال المانع ولو ابطلها الحاكم ثم قسم وسلم لم يجز و يفتى بجوازه والبناء كالرجل والعرصة لآخر انتهى معزيا للفصولين (قوله والحيلة فى جواز ذلك الخ) وكذا حيلة جوازها عنده ان يلحقها حكم حاكم شرنبلالية عن شرح المجمع والتبيين (قوله ان يعقد العقد على الكل الخ) او أجر رجلان دارهما الواحد فمات احد المؤجرين او أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين درر وعزمى زاده (قوله ثم يفسخان العقد فى بعضه) لان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة فى ظاهر الرواية وقال زفر يفسد وهو رواية عن أبى حنيفة درر مع شرنبلالية بقى ان يقال قوله ثم يفسخان العقد فى بعضه قيده الحموى بما اذا لم تكن الدار مشتركة (قوله وصح

استئجار

(ولا تجوز) الاجارة (على الغناء والنوح والملاهى) كالمزمار والطبل (وفسد اجارة المشاع) مطلقا فيما يقسم وفيما لا يقسم عند ابى حنيفة وزفر (الا من الشريك) وعندهما يجوز وهو قول الشافعى وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يصح من الشريك ايضا كذا فى المغنى والفتوى على قولهما والحيلة فى جواز ذلك على قول الكل ان يعقد العقد على الكل اولا ثم يفسخان العقد فى بعضه بقدر ما يتفق عليه العاقدان وهذا جائز اتفاقا كذا فى الاصيلى (وصح استئجار الظئر

استئجار الظئر) بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها الناقة تعطف على ولد غيرها ومنه قيل لامرأة تحضن ولد غيرها ظئر وللرجل الحاضن أيضا والجمع اظئار كاجمال وربما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها حموى (قوله بأجرة معلومة) ويشترط التوقيت اجماعا حموى عن المنصورية واطلاق كلام المصنف يشير الى انه يجوز للمسلمة ان تؤجر نفسها الارضاع ولد الكافر وبه صرح في الخانية حيث قال ولا بأس للمسلمة بان ترضع ولد الكافر باجر لان من الصحابة من عمل للكافر باجر انتهى وتقييد الجواز بايجار نفسها ظئرا يشير الى انها اذا أجرت نفسها لخدمة الكافر لا يجوز وبه صرح في الاشباه من كتاب الاجارة ونصه استأجر نصراني مسلما للخدمة لم يجز ولغيرها جاز ان وقت وقوله استحسانا يشير الى ان القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة لشرب لبنها ووجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولانه جرى به التعامل من غير نكير ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهي حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته والعين تدخل تبعا للمنفعة لان العين قد تتبع كالصبغ للصباغ بخلاف استئجار البقرة لشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود هكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة والى هذا القول مال شمس الائمة لكن قال الزيلعي والاول أشبه وفي الكافي وهو الصحيح (قوله وبطعامها وكسوتها) بلا بيان الجنس والقدر والصفة ولها الوسط حموى وأعاد المصنف الجار لانها مسئلة مستقلة ولهذا اعترض في الشرنبلالية على الدرر حيث قال وطعامها بحذف الجار (قوله وعندهما لا يجوز) للجهالة وله ان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة عيني (قوله ومعنى تسمية الطعام الخ) فيكون معناه على هذا التقدير ان يسمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير زيلعي كذا قيل وأقول ماذكره الزيلعي من ان المعنى على هذا التقدير ان يسمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف الخ مسلم واليه أشار الشارح بقوله يعني يسمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها وأما ما استدرك به على كلامهم حيث قال لكن لا يفهم منه الخ فأشار الشارح الى دفعه بقوله ثم يدفع الطعام عوضا لها ولما كان هذا خفيا من عبارة الجامع الصغير أتى الشارح بلفظة يعني لانها انما تستعمل فيما خفي مراده وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضي زاده (قوله ولو سمى الطعام وبين وصفه وقدره جاز أيضا) بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان ولا يشترط في الثمن ان يكون مؤجلا زيلعي (قوله ولا يمنع زوجها من وطئها) وان خيف الحبل لانه حق ثابت بالنكاح لا تبطله الاجارة قهستاني وله منع أقربائها من المكث معها في بيته لا من الزيارة الا اذا كان يؤدي الى الاخلال بتعاهد الصبي وليس عليها ان تمكث في بيته حيث لم يشترط ذلك في عقد الاجارة وللامة المأذونة والمكاتبة ان تؤاجر نفسها ظئرا كذا في الخانية وقوله وليس عليها ان تمكث في بيته الخ يعني اذا كانت مأمونة على الصبي وعلى ما عليه من حلي وكسوة وان سرق شيء منه لا ضمان عليها حموى عن مختصر الكرخي والمحيط (قوله فليس له ان ينقض الاجارة) لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح زيلعي (قوله وللمستأجر ان يمنعه من غشيانها في منزله) ظاهره ان المنع من الغشيان في منزله فيما اذا لم يعرف انها زوجته الا بقولها وليس كذلك كما يعلم من كلامهم اذ ليس له دخول منزله بغير اذنه وفرع عليه القهستاني ان الوطء في المرهون لا يجوز (قوله فان حبلت) من باب طرب (قوله فسخت) لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي أيضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي لان الاجارة تفسخ

باجرة معلومة) استحسانا (و) صح (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند أبي حنيفة اذا كانت المدة معينة وعندهما لا يجوز قياسا وهو قول الشافعي وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يستبدل بها طعاما يعني يسمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم يدفع الطعام عوضا لها ولو سمى الطعام وبين وصفه وقدره جاز أيضا وان استأجرها بالثياب أو العرض يشترط فيه بيان شرائط السلم (ولا يمنع) المستأجر (زوجها من وطئها) فان أجرت نفسها بغير اذن الزوج فله ان يفسخ الاجارة سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون امرأته ظئرا ولا وهذا اذا كان الزوج معروفا واما اذا كان لا يعرف انها امرأته الا بقولها فليس له ان ينقض الاجارة وللمستأجر ان يمنعه من غشيانها في منزله (فان حبلت) الظئر (أو مرضت فسخت) الاجارة (وعليها اصلاح طعام الصبي)

بالاعذار وكذا لوتقابالبنها لانه يضربه وكذا اذا كانت سارقة للخوف منها على متاعهم اوفاجرة لانها تشتغل عن الصبي بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي زيلعي وعيني ويخالفه ما في الخانية اذا ظهرت الظئر كافرة اوزانية اومجنونة اوحمقاء كان لهم ان يفسخوا الاجارة انتهى وفي النهاية لا يبعد ان يقال عيب الفجور فوق عيب الكفر ألا ترى انه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها وللظئر فسخ الاجارة اذا حصل لها الاذى منهم اولم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك كان لها الفسخ حيث كان ذلك اول الاجارة لها قهستاني وكذا اذا عيروها به لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولو مات الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي سواء كان له مال اولم يكن ولهذا لوكان للصبي مال تجب الاجرة من ماله كالنفقة ولوسافرت الظئر او اهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر زيلعي وفيه اشعار بان الظئر والمسترضع لا يفسخانها بلا عذر قهستاني (قوله يريد به المضغ) وقيل ان لا تأكل ما يضر بالصبي ولا تتغذى بغذاء يخالف طبع الصبي ومزاجه قلت وهذا هو الظاهر حموي (قوله وغسل ثيابه) بالرفع عطفا على اصلاح والمراد غسل ثيابه عن البول والغائط لا عن الوسخ ابن فرشته وتاج الشريعة قال في الكفاية وهذا هو الصحيح (قوله وطعام الصبي على أبيه) يعني ان لم يكن له مال كما قدمناه عن الزيلعي قال الحموي وطعامها وكسوتها عليها ان لم تشترطا في العقد عليهم وتمنع مما يضر بالصبي كالخروج من منزله زمانا كثيرا (قوله فان أرضعته بلبن شاة) بان اقرت به او شهدت بينة بارضاعها بلبن البهائم وان جحدت كونه بلبن شاة فالقول لها مع يمينها استحسانا ولو شهدوا أنها ما أرضعته بلبن نفسها لم تقبل لقيامها على النفي مقصودا بخلاف الاول لدخوله في ضمن الاثبات وان أقاما فالبينة بينة الظئر ولو أرضعته خادمها فلها الاجر كاملا اذا لم يشترط ارضاع ثديها الا ان شرط على الصحيح شرنبلالية عن الذخيرة وقيل اذا أرضعته جاريتها اواستأجرت من أرضعته فلها الاجر وان شرط ان ترضعه بنفسها لان المقصود من الارضاع حياة الصبي وهما فيه سواء وما بينهما من التفاوت يسير لا يعتبر كما في الاختيار ثم ان كان ما استأجرت به أقل مما عين لها من الاجرة تتصدق بالفضل كما في غاية البيان لانها اخذت زيادة لا على عمل منها ولو أجرت نفسها للارضاع لقوم آخرين ولم يعلم الاولون فأرضعتهما وفرغت أثمت ولها الاجر كاملا على الفريقين شبهها بالاجير الخاص والمشترك ولا تتصدق بشيء در عن العناية (قوله فلا أجر لها) لانها لم تأت بالمعقود عليه وهو الارضاع لان هذا ايجار زيلعي اقول يؤخذ منه انها لو أرضعته لبنها لا على وجه الارضاع بان حلبت لبنها في اناء وأوجرته به انها لا تستحق أجرا حموي بقي ان يقال ماذكره المصنف من انه لا أجر لها اذا ارضعته بلبن شاة ظاهر على اختيار شمس الائمة حيث قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سواه من القيام بمصالحه تبع وأما على اختيار صاحب الهداية من أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد ففيه نظر لانه جعل الارضاع مستحقا تبعا للخدمة فكيف يسقط كل الاجر بتركه شرنبلالية عن البرهان (قوله لينسجه) من باب ضرب شلبي عن المصباح (قوله ومشايخ أهل بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة) قال في منية المفتي دفع غزلا الى حائك لينسجه بالثلث ونحوه جوزه مشايخ بلخ وأبو الليث وغيره بالعرف انتهى وقوله ومشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة أي في حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل اهل بلادهم وقالوا من لم يجوز انما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص تناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل ألا ترى ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك بتعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل جرى به في كافة البلاد وبمثله يترك القياس ويخص

الاثر

يريد به المضغ (وغسل ثيابه) وطعام الصبي على أبيه وتهيئته على الظئر وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فهذا من عادة أهل الكوفة (فان ارضعته) في المدة (بلبن شاة فلا أجر لها ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه) أي بنصف الثوب أو ثلثه لم يجز فالثوب لرب الغزل وللحائك أجر المثل وكان شمس الأئمة الحلواني يحكي عن استاذه القاضي الامام أبي علي النسفي انه يفتي بجواز العقد في ديارنا بنسف ومشايخ أهل بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة (واستأجره ليحمل طعامه) الى موضع كذا (بقفيز منه) أي من الطعام الذي يحمله (او ليخبز له كذا) أي من الدقيق (اليوم بدرهم لم يجز)

الاثر زيلعى فتلخص انه على ماذكره مشايخ بلخ يعتبر العرف الخاص وعلى ماذكره الزيلعى انما يعتبر العرف العام (قوله متعلق بالمسائل المذكورة) لانه فى الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه السلام وهو ان يستأجر ثورا ليطحن بقفيز من دقيقه فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه وفى الثالث المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هو المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر فى وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل ونفع الاجير فى وقوعها على المدة لانه يستحق الاجر بمضى المدة عمل ام لم يعمل والحيلة فى جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من المحمول او من المطحون لوجوبه فى الذمة قهستانى وقول الزيلعى ونفع الاجير فى وقوعها على المنفعة قال فى الشرنبلالية لعل الصواب على المدة ويوضحه تعليله بقوله لانه يستحق الاجر بمضى المدة عمل اولا ولكونه قسيما لما يقع العقد عليه وهو العمل او الزمان اه أى ما يقع العقد عليه اما العمل تارة او الزمان أخرى كذا ذكره شيخنا (قوله وان حمله فله أجر مثله) لا يجاوز بالاجر قفيزا وكذا اذا نسج فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شئ من الاجر كما فى الزيلعى اى لا يجب له المسمى ولا أجر المثل وهذا يبتنى على اصلين احدهما ان الاجارة متى فسدت مع قيام المعقود عليه وجب اجر المثل عند التسليم ومتى بطلت الاجارة عند عدم المعقود عليه لم يجب الاجر بحال والثانى ان تسليم الاجرة متى وجد على وجه التمليك وجب الملك فى الاجرة بحكم التعجيل واذا ثبت هذا فنقول ففى المسئلة الاولى استوفى صاحب الطعام منافع الاجير بحكم اجارة فاسدة لانه فى معنى قفيز الطحان لان الحنطة انما تصير محمولة بعمل الاجير كالدقيق يوجد بعمل الاجير فكان فى معنى قفيز الطحان فيكون النهى الواردة واردا ههنا واستيفاء المنفعة بحكم الاجارة الفاسدة يوجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل ولا يقال ينبغى ان يجعل بالقبض مالكا للقفيز وان كان العقد فاسدا حتى لا يستوجب اجر المثل لانا نقول انما استأجره ليحمل جميع الطعام له فلو كان مالكا لكان حاملا لنفسه واما فى المسئلة الثانية وهى ما اذا استأجره لحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقى ودفع اليه انما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصفه من قبل ان البدل ههنا نصف مطلق لا نصف محمول الى بغداد فصار بتسليم الطعام اليه معجلا للاجرة فلكها بنفس القبض بخلاف الوجه الاول لانه فيه اشترط المستأجر عليه حمل جميع الطعام لنفسه ثم جعل قفيزا منه بوصف كونه محمولا للاجير فقبل الحمل لا توجد الاجرة فلم يملك الاجير شيئا من الطعام واذا ملكه بالتسليم فى المسئلة الثانية بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا له فى الطعام قبل ايفاء شئ من المعقود عليه وما قبل تسليم المنفعة فى الاجارة يكون بمنزلة ابتداء العقد ولو ابتدأ العقد على العمل فى شئ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر والحاصل انه متى قال المستأجر استأجرتك لتحمل هذا الطعام بقفيز منه لا يصير شريكا ومتى قال لتحمل نصفه بنصفه الآخر يصير شريكا نهاية بتصرف شيخنا قال فى الشرنبلالية وينظر هل نسج الثوب مثله أى مثل الحمل (قوله وعندهما لا تفسد هذه الاجارة) ويكون العقد على العمل وذكر اليوم للتعجيل فاذا فرغ نصف النهار استحق الاجر كاملا وان لم يفرغه فى اليوم فعليه ان يعمل فى الغد (قوله وعن ابى حنيفة انه يصح اذا قال فى اليوم) لان كلمة فى للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضى الاستغراق زيلعى وحاصل ما أشار اليه من الفرق ان اليوم مدة وفى اليوم ظرف كما فى الحصر وفى القنية اذا ذكر الوقت اولا ثم الاجر جاز وان ذكر الاجرة اولا ثم الوقت لم يجز والفتوى على انها فاسدة فيهما سواء ابتدأ بذكر العمل او المدة اذا ذكرهما قبل تمام العقد ولم يذكر الاجر بعد أما اذا ذكر احدهما وذكر الاجر حين تم العقد ثم ذكر الثانى فلا تفسد حموى عن البرجندى واعلم ان التقييد بقوله ولم يذكر الاجر بعد مخالف لما فى الشرنبلالية عن الخانية ونصه الصحيح من مذهب ابى

متعلق بالمسائل المذكورة وان حمله فله أجر مثله لا يجاوز بالاجر قفيزا والمسئلة الاخيرة فاسدة عند ابى حنيفة وعندهما لا تفسد هذه الاجارة وعن ابى حنيفة انه يصح اذا قال فى اليوم

حنيفة ان الاجارة فاسدة قدم العمل او اخر اذا ذكر الاجر بعد الوقت والعمل واما اذا ذكر الوقت اولا ثم الاجر ثم العمل اوذكر العمل اولا ثم الاجر ثم الوقت لا يفسد العقد انتهى (قوله صح العقد) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقي عيني (قوله ان يثنيها) بالتشديد من التفعيل او التخفيف من الافعال أي يكربها مرتين وقيل ان يردها مكروبة حموى (قوله او يكرى انهارها) اى يحفرها من باب رمى حموى (قوله فى المسائل الاربع) اما عدم الجواز فى المسائل الثلاث فلان أثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد الا اذا كان بحيث لا يبقى لهذه أثر بعد المدة كما سيذكره الشارح وأما عدم الجواز فى الرابعة فلانه بيع الشئ بمثله نسيئة وهو حرام حكى ان محمد بن سماعة ارسل كتابا الى محمد بن الحسن يسأله لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فأجابه بقوله انك اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وجالست الحناى فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وفيه نظر لان حرمة ذلك فى المقدرات وما نحن فيه ليس منها ولانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة كما بين فقبل وجودها لا ينعقد عليها فاذا وجدت فقد استوفيت فكيف يتصور فيها النسيئة فالاولى ان يقال اجيزت الاجارة على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار نفع بجنسه فبقى على الاصل بخلاف مختلف الجنس واذا استوفى أحدهما عند الاتحاد فعليه اجر المثل زيلعى واعلم ان الخصاف ذكر ان الدار والحانوت جنسان وفى اجارة الاصل ذكر ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهو يدل على انهما جنس واحد فيحتمل ان فى المسئلة روايتين او ان حرمة الربا مبنية على شبهة الجنسية حموى عن شرح المجمع للمصنف ونقل شيخنا عن منية المفتى ان اجارة البقر بالحمار تجوز بخلاف الثيران بالثيران (تتمة) الحناى اسم رجل محدث ينكر الخوض فى هذه المسئلة جعل مجالسته اياه زلة وفى الظهيرية الحناى بكسر الحاء وتشديد النون رجل من أهل الحديث كان يجالسه ابن سماعة وكان ينكر عليه خوضه فى هذه المسائل التى وضعها محمد ويقول لم تكن هذه المسائل من السلف ولا برهان لكم عليها فيقول محمد بن الحسن لابن سماعة زللت من مجالستك اياه بتشكيكك فى صحة ما قلنا والقوهى منسوب الى قوه تعريب كوه قرية تنسج الثياب بها وفى نهاية السغناقى يقال ثوب قوهى منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس الكورة المدينة كذا بخط شيخنا (قوله خلافا للشافعى فى الاخيرة) لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود زيلعى ويقول الامام الشافعى قالت الائمة الثلاثة عينى (قوله فان اشتراط كرى الجداول صحيح) اذ لا يبقى أثره الى القابل (قوله وانما المراد بها الانهار العظام) لان أثره يبقى الى القابل عادة وفى لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كرى الانهار ولان مطلقه يتناول الانهار العظام عينى والصواب حذف الواو من قوله ولان مطلقه الخ لانه تعليل لقوله وفى لفظ الكتاب اشارة اليه (قوله فان استأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه) مفهومه ان الحمار لو كان مشتركا بين اجنبى والشريك فى الطعام فاستأجره منهما لحمل الطعام المشترك وجب عليه الاجر للاجنبى بحسابه شيخنا (قوله ليحمل نصيبه منه) أى شائعا شيخنا (قوله فحمل الطعام كله) مفهومه انه لو قسمه وحمل نصيبه منه بعدها وجب الاجر لتصور المعقود عليه حينئذ بخلاف حمله شائعا فان المقصود عليه وهو الحمل له بخصوصه غير متصور فلا يجب الاجر أصلا لبطلان عقد الاجارة شيخنا (قوله فلا أجر له) لانه لا يتميز عمله لنفسه من عمله لشريكه فوقع الشك فلا يجب به عينى (قوله لا المسمى) لان الاجر والضمان لا يجتمعان لانه صار غاصبا للعين فكان هذا اتلافا بطريق الغصب لا استيفاء للمنافع المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها درر وعزمى (قوله ولا أجر المثل) لان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل كاجارة ما لا منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشائع وحمله غير متصور بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وهو يحتمله درر (قوله وقال الشافعى له المسمى) وبه قال مالك وأحمد

(وان استأجر أرضا على) شرط (ان يكربها) أى يقلبها للحرث من باب طلب (ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح) العقد (فان شرط) المستأجر (ان يثنيها او يكرى انهارها او يسرقنها) أى يجعل فى الارض السرقين (او يزرعها بزراعة ارض أخرى لا يجوز) فى المسائل الاربع خلافا للشافعى فى الاخيرة ولو كانت الارض فى بلدة تحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد واما اذا اشترط عليه ان يسرقنها فانما يفسد العقد اذا بقيت منفعته بعد انقضاء المدة اما اذا لم تبق فلا يفسد العقد وليس المراد بكرى الانهار الجداول فى الصحيح فان اشتراط كرى الجداول صحيح وانما المراد بها الانهار العظام قوله ان يزرعها الى آخره أى ان أجر ارضا للزراعة وجعل الاجر زراعة ارض أخرى للمؤجر يزرعها المستأجر له (كاجارة السكنى بالسكنى) بأن أجر داره ليسكنها بدل ان يسكن المؤجر دار المستأجر فانه لا يجوز خلافا للشافعى (وان استأجره) لحمل طعام بينهما ولا أجر له) اى اذا كان الطعام مشتركا بين رجلين فان استأجر أحدهما صاحبه او حمار صاحبه كذا ليحمل نصيبه منه الى مكان فحمل الطعام كله فلا اجر له لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعى له المسمى

عينى لان الاجارة بيع المنافع فتجوز فى الشائع كبيع الاعيان لان المنفعة كالعين عنده ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسى لا يتصور وجوده فى الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة زيلعى (قوله كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره عينى (قوله فالاجارة فاسدة) اما الاول فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فـالم يبين شيئا منها لم يعلم المعقود عليه وأما الثانى فلتفاوت انواع الزراعات واضرار بعضها بالارض فلابد من البيان ليعلم المعقود عليه الا ان يعمم المؤجر بان يقول على ان تزرع ما شئت فحينئذ يصح لوجود الاذن منه درر (قوله فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) اقول صحة العقد لا تتوقف على مضى الاجل بعد الزراعة بل اذا زرع ارتفعت الجهالة قبل تمام العقد شرنبلالية ومن هنا قال فى الدر لو حذف قوله فمضى الاجل كقاضيخان لكان اولى انتهى وأقول تقييده بمضى الاجل لا لانه شرط عود العقد الى الصحة بل لتتوجه المطالبة بالاجر اذ لا طلب له عليه بالاجرة قبل انقضاء وقتها فتدبر لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر فى أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير لاشتماله على زيادة فائدة وهى وان زرعها فمضى الاجل فله المسمى عناية (قوله والقياس ان يجب أجر المثل) لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفيه خلاف زفر أيضا عينى (قوله لم يضمن) لان العين أمانة فى يده وان كانت الاجارة فاسدة ولم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه عينى كذا لا يضمن اذا استأجر رجلا ليحمل له شيئا له مؤنة الى رجل ببغداد فوجد ذلك الرجل غائبا فترك الحمولة على يد عدل ليوصله الى ذلك الرجل منية المفتى ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده عند ابى يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان زيلعى (قوله وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا زيلعى وغيره ومقتضاه انه لو كان زائدا على ما يحمل على مثلها لا يجب المسمى بل أجر المثل (قوله وفى القياس يجب أجر المثل) لانها انعقدت فاسدة فلا تنقلب جائزة ووجه الاستحسان ما سبق (قوله دفعا للفساد) قلت الاولى ان يقال رفعا للفساد بالراء لا بالدال شلبى قال الشيخ يحيى الشهاوى وسبقه الى ذلك الاتقانى شيخنا (قوله ولو تعدى المستأجر وضمن لا يجب الاجر) لانهما لا يجتمعان ولو استأجر شيئا ثم أجره قبل قبضه لا يجوز وقيل يجوز فى العقار عند أبى حنيفة وان أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فان كانت الاجرة الثانية اكثر لا يطيب له الفضل فيتصدق به الا اذا كانت الثانية خلاف الاجرة الاولى او كانت بعد الاصلاح وقدمنا ان الكنس ليس باصلاح وهل الدراهم من جنس الدنانير اولا (فـروع) اجرة نزح بيت الخلاء لا تجب على المؤجر لكن يخير الساكن وكذا اصلاح الميزاب وتطيين السطح ونحوهما لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه واخراج تراب المستأجر عليه وكناسته ورماده لا تفريغ البالوعة شيخنا عن الاشباه وقوله ولكن يخير المستأجر أى يثبت له خيار فسخ الاجارة (تتمـة) ذكر فى الدر المختار ما نصه وفى الاشباه قصر الثوب المجحود فان قبله فله الاجر والا لا وكذا الصباغ والنساج اه ثم ذكر ما نصه استأجر امرأته لتخبز له خبزا للاكل لم يجز وللبيع جاز صيرفية وجاز اجارة الماشطة لتزيين العروس ان ذكر العمل والمدة بزازية وجاز اجارة القناة والنهر مع الماء به يفتى لعموم البلوى اه وقوله فان قبله الخ أى ان قصره قبل الجحود استحسن الاجر والا فلا ونقل الحموى عن الولوالجية ما نصه دفع داره لآخر يسكنها ويرمها ولا أجر عليه فهذه عارية لا اجارة الخ والله تعالى اعلم

(باب ضمان الاجير)

(كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا اجر له (وان استأجر ارضا ولم يذكر انه) اى المستأجر (يزرعها او) ذكر انه يزرعها ولكن لم يذكر (اى شئ يزرع) فالاجارة فاسدة (فزرعها فمضى الاجل فله) اى للمؤجر (المسمى) وينقلب العقد جائزا استحسانا والقياس ان يجب أجر المثل وهو قول زفر (وان استأجر حمارا) بدينار (الى مكة ولم يسم ما يحمل) عليه فالاجارة فاسدة (فحمل) عليه (ما يحمل الناس) على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لم يضمن وان بلغ مكة فله المسمى) استحسانا وفى القياس يجب اجر المثل (وان تشاحا) أى اختصما الى القاضى (قبل الزرع) فى الاولى (و) قبل (الحمل) فى الثانية (نقضت الاجارة دفعا للفساد) (ولو تعدى المستأجر وضمن لا يجب الاجر)

(باب ضمان الاجير) هو فعيل بمعنى فاعل وفى المغرب اجرت الرجل مؤاجرة اذا جعلت له على فعله اجرة والاجير على ضربين اجير مشترك واجير خاص (الاجير المشترك

لما فرغ من صحيح الاجارة وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه حموي (تنبيـــه) الناقد اذا كسر الدراهم بالغمز يضمن الا اذا قال اغمزه شيخنا عن منية المفتي قال ولو ظهرت الدراهم بعدما نقدها مغشوشة يرد ما أخذ من الاجر ولا ضمان عليه (قوله من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره زيلعي (قوله ولا يستحق الاجرة حتى يعمل لان المعقود عليه العمل فاذا لم يسلم الى المستأجر لا يجب الاجر بقي ان يقال مفهوم قوله حتى يعمل ان الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه وان لم يعمل هكذا فرق بينهما القدوري قال الزيلعي وهذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من أشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل انتهى وقوله وان نقض العمل بالبناء للمفعول يعني وان نقض عمل الاجير رجل بخلاف ما لو كان النقض منه فانه يضمن كما سيأتي (قوله والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك عند أبي حنيفة الخ) افتى به بعضهم عيني (قوله وهو القياس) لان العين أمانة والحفظ مستحق عليه تبعا لاقامة العمل لا مقصودا لان العقد وارد على العمل فلم يكن الحفظ مقصودا أصلا بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر عناية (قوله وقالا ان هلك الخ) لان عمر وعليا كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر عناية وفي الزيلعي وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم اه وفي المحيط والخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان كانت فاسدة لا ضمان بالاتفاق لان العين حينئذ تكون أمانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة باجر المثل شيخنا عن شرح المجمع لابن ملك (قوله بالصلح على نصف القيمة) وقيل ان الاجير مصلحا لا يضمن وان بخلافه يضمن وان مستور الحال يؤمر بالصلح درر عن العمادية وفي الشرنبلالية عن البرجندي معزيا للعمادية كان ظهير الدين المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة وفيها عن قاضيخان والمختار في الاجير المشترك قول أبي حنيفة اه (قوله والفقيه أبو الليث يفتي الخ) ذكره بعد حكاية الاول بقيل يؤذن بترجيحه ولهذا جزم به في الدرر ولم يحك خلافا وعلله بقوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (قوله كتخريق الثوب) وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقدمر نظيره شرنبلالية عن التبيين (قوله وكفساده من قصره) فلو فسد من وطئه ان كان ثوبا يوطأ مثله لا يضمن وان كان رقيقا لا يوطأ يضمن وان حمل أجير القصار ثوب القصارة باذن الاستاذ فسقط على ثوب آخر فأفسده ان سقط على ثوب القصارة يضمن الاستاذ وان سقط على غير ثوب القصارة ضمن الاجير واذا سقط من يد المودع شئ على وديعة فأفسدها يضمن كذا في منية المفتي وفيها دفع الثوب الى الحمامي ليحفظه فضاع لا يضمن اجماعا لانه مودع لان كل الاجر بازاء الانتفاع الا ان يشترط بازاء الانتفاع والحفظ فحينئذ على الاختلاف وان دفع الى من يحفظ باجر كالثيابي فعلى الاختلاف أيضا دخل الحمام وترك الثياب بين يدي الحمامي فهو استحفاظ عادة اه وثمرة قوله فهو استحفاظ تظهر فيما اذا ضاعت بتفريطه (قوله وزلق الحمال) زلق من باب طرب مصباح (قوله وغرق السفينة

من يعمل لغير واحد ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس مطلقا سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب والفارة الغالبة والمكابرة وقالا ان هلك بأمر يمكن التحرز عنه فعليه الضمان وان هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه استحسانا واختار المتأخرون الفتوى بالصلح على نصف القيمة كذا في الاسرار وقيل اذا شرط الضمان على الاجير المشترك يصح عند أبي حنيفة وصار كان الاجر في مقابلة العمل والحفظ جميعا كذا في شرح الوقاية وهو قول الفقيه ابي بكر والفقيه ابو الليث يفتي بانه لو شرط عليه الضمان لا يصح (وما تلف) اي المتاع الذي تلف (بعمله كتخريق الثوب من دقه) وكفساده من قصره او تشميسه (وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة) من مده

من مده) أو معالجته لان ذلك من جناية يده فيضمن وان كان صاحب الطعام او وكيله في السفينة لا يضمن الملاح لان الطعام في يد صاحبه الا ان يصنع فيه شيئا أو يتعمد الفساد شرنبلالية عن الخانية (قوله مضمون عندنا في الجميع) لان العقد يقتضي السلامة (قوله وقال زفر والشافعي لاضمان عليه) لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره عيني (قوله حتى لا يضمن دية من يغرق في السفينة) لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه درر والتقييد ببني آدم ربما يوهم ان البيطار لو بزغ دابة وهلكت يضمن وليس كذلك كما سيأتي واعلم انه اذا غرقت السفينة فان كان من ريح او موج او جبل صدمها بلا مد ملاح وفعله لم يضمن وان بفعله فان جاوز العادة ضمن بالاجماع وكذا اذا لم يجاوز عندنا ولو دخل بها الماء فأفسد المتاع فلو بفعله ضمن عندنا ولو بلا فعله ضمن عندهما الا عند أبي حنيفة لو امكن التحرز والا لا يضمن بالاتفاق وهذا كله لو لم يكن صاحب المتاع او وكيله في السفينة فلو كان لم يضمن شيخنا عن جامع الفصولين (قوله وان انكسر دن الخ) هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق او عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند ابي حنيفة ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع كما في غاية البيان قال الحموي والدن كالحب الا انه اطول منه وأوسع رأسا والجمع دنان كسهم وسهام كذا في المصباح اه (قوله ضمن الحمال قيمته الخ) اطلقه فعم مالو كان صاحب الدن معه وبه صرح في البزازية حيث قال حمل متاعا وصاحبه معه فعثر وسقط المتاع وفسد ضمن (قوله او في موضع انكسر واجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الجهتين شاء فان مال الى الوجه الاول ضمنه قيمته عند ابتداء الحمل ولا اجر له وان مال الى الوجه الثاني ضمنه قيمته عند الكسر واعطاه اجره بحسابه درر (قوله الى موضع معلوم باجر معلوم) قيد بذلك لتصح الاجارة ويترتب على صحتها وجوب الضمان بكسره بناء على ان العين في يد الاجير المشترك مضمونة حتى لو لم يكن كذلك تفسد الاجارة فلا يلزمه الضمان لان العين حينئذ تكون في يده امانة لا تضمن الا بالتعدي ولم يوجد (قوله ولا يضمن حجام الخ) لانه التزمه بالعقد فوجب عليه ولا ضمان مع الوجوب كما لو مات من عزره الحاكم وليس في وسعه الاحتراز عن مثله لانه لا يمكنه الفصد ونحوه بحترز عن سبب الهلاك لغموض باطن احوال الحيوان فربما يكون ضعيف المزاج لا يندمل جرحه سريعا وقد يسري الى النفس وقد يكون بالعكس ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوة الطبيعة وضعفها فلا يتقيد بالمصلح من العمل بخلاف دق الثوب لان قوته ورقته تعرف بالجس والمشاهدة فيكون مقيدا بالمصلح وان تعدى عن المعتاد يضمن نصف دية النفس ان هلكت لانها تلفت بمأذون فيه وبغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف والختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع يجب عليه كل الدية لانه موجب قطع الحشفة وان مات منه يجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهذا من اعجب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك كذا في الرازي ووجهه كما في الظهيرية انه اذا مات فالتلف حصل من الفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة واحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة فتنصف الضمان واما اذا برأ فقطع الجلدة مأذون فيه فجعل كان لم يكن بالبرء وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب ضمان الحشفة كلا وهو الدية حموي وبقطع بعض الحشفة يجب حكومة عدل شرنبلالية عن الاتقاني (تتمة) سئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام افصدني ففصده فصدا معتادا فمات بسببه قال تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لانه خطأ وسئل عن شخص فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان قال يجب القصاص درر عن العمادية وقوله دية الحر الخ أي ان كان الغلام حرا وقيمة العبد ان كان عبدا

(مضمون) عندنا في الجميع قوله مضمون خبر ماتلف وقال زفر والشافعي لاضمان عليه (ولا يضمن به) أي بغرق السفينة (بني آدم) حتى لا يضمن دية من يغرق في السفينة وكذا من يسقط من الدابة لا يضمن وان كان بسوقه وقوده وكذا من لا يستمسك على الدابة كالرضيع (وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر له أو في موضع انكسر واجره بحسابه) أي ان استأجر حمالا ليحمل له دنا على ظهره أو دابته الى موضع معلوم بأجر معلوم فحمل ثم انكسر في بعض الطريق فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه وكذا اذا كسره عمدا فالمالك بالخيار وقال زفر ان انكسر لا يضمن وان كسره عمدا يضمن (ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد لم يتعد) أي لم يتجاوز (الموضع المعتاد) في الحجم والبزغ والفصد وفي المغرب بزغ البيطار الدابة اذا شقها

(قوله بالمبزغ) بكسر الميم وفتح الزاى المعجمة (قوله مشرط) بكسر الميم وفتح الراء المهملة (قوله والاجير الخاص الخ) هو تعريف بالحكم فيلزم الدور واجيب بانه علم مما سبق من يستحق الاجر بلا عمل وعرفه بعض المتأخرين بانه من يعمل لواحد اوما فى حكمه عملا موقتا بالتخصيص اه وانما قال اوما فى حكمه لئلا يرد عليه مالو استأجر اثنان او ثلاثة عبدا لخدمتهم مدة اولرعى غنمهم فيخرج من التعريف مع ان الظاهر انه اجير خاص بل صرح فى البزازية به قال واجير الواحد قد يكون لرجلين بان استأجر رجلا لرعى اغنامهما لكن ذكر فى جامع الفصولين لو تلفت الاغنام بسوقه فان كانت لواحد لم يضمن ولو كانت لاثنين او ثلاثة ضمن قال العلامة المقدسى ينبغى ان يفرق بان تكون الغنم مشتركة بين الثلاثة فيكون خاصا لهم وبين ان يكون لكل منهم غنم على حدة لكن جمعوها واستأجروا فارعيا واحدا فيكون مشتركا وفرق الحموى بانه اذا استأجر واحدا او اكثر شخصا لرعى غنم مشتركة او مجموعة بعقد واحد على ان لا يعمل لغيرهم كان خاصا وان جوز واله عمله لغيرهم فمشترك (قوله هذا اذا تمكن من العمل) يعنى ولم يمتنع من العمل حتى اذا امتنع لا يستحق الاجر حموى عن البرجندى وأقول هذا لا حاجة اليه اذ ماذكره الشارح من انه اذا منعه عذر من العمل لا يستحق أجرا يفيد عدم استحقاق الاجر عند الامتناع من العمل بالطريق الاولى (قوله فمطر ذلك اليوم) يقال مطرت السماء من باب طرب فهى ماطرة وأمطرت بالالف أيضا (قوله وقد يسمى أجير واحد) اعلم ان الاجير الخاص هو الذى يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا استحقت بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجارها لغيره حموى عن البرجندى (قوله أجير وحد) بالاضافة بسكون الحاء وفتحها بمعنى الواحد أى اجير المستأجر الواحد كذا فى المغرب وقيل الوحد مصدر بمعنى التوحد والمعنى عامل التوحد أضيف الى فعله لادنى ملابسة أى المتوحد فى العمل حموى عن البرجندى (قوله لانه لا يمكن ان يعمل الخ) فلو عمل نقص من اجره بقدر ما عمل درعن فتاوى النوازل لكن ذكروا ان الظئر اذا اجرت نفسها لارضاع آخر ولم يعلم حتى مضت المدة وقد أرضعتهما تستحق الاجر عليهما ولا تتصدق بشئ وتأثم كما فى الذخيرة ويمكن ان يقال يكفى ظهور اثره فى الاثم حموى والحاصل ان المسائل فى الظئر تعارضت فمنها مايدل على انها فى معنى اجير الوحد كقولهم لاضمان عليها اذا ضاع الصبى من يدها اوسرق ما عليه ومنها مايدل على انها فى معنى المشترك كقولهم انها تستحق الاجر على الفريقين اذا أجرت نفسها لغيره قال الاتقانى والصحيح انه ان دفع الولد اليها لترضعه فهى أجير مشترك وان حملها الى منزله فهى أجير وحد وقال فى العناية وذكر فى الذخيرة مايدل على انها يجوز ان تكون خاصا ومشتركا حتى لو أجرت نفسها لغيره استحقت الاجر من الفريقين كاملا عملا بشبه الاجير المشترك وتأثم نظرا الى ان لها شبها بالاجير الخاص اه (قوله فهو أجير مشترك) بأول الكلام لايقاع العقد على العمل فى أوله وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يغير اول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه درر (قوله بان استأجر لرعى غنمه شهرا بدرهم) كذا فيما وقفت عليه من نسخ الدرس وصوابه بان استأجره شهرا بدرهم لرعى غنمه كما فى الزيلعى وغيره والدليل عليه قوله وان ذكر المدة اولا وهذا ظاهر كذا ذكره شيخنا ومافى الدرر حيث صور للاجير الخاص فيما اذا ذكر المدة اولا بقوله نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم تعقبه فى الشرنبلالية بانه اذا وقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه وصحته ان يلى ذكر المدة الاجر اه واعلم ان الاعتراض على الشارح من حيث انه أخر ذكر المدة وكان الواجب ذكرها اولا كما ذكره شيخنا والاعتراض على صاحب الدرر لامن هذا الوجه لانه ذكر المدة اولا بل من حيث انه لم يذكر الاجر واليا لذكر المدة حيث فصل بينهما بقوله ليرعى له غنما مسماة بخلاف ماذكره الشارح فانه لم يفصل بينهما بذكر المنفعة بل ذكر الاجر واليا لذكر المدة ومن هنا تعلم مافى كلام

بالمبزغ وهو منـ ـل مشرط الحجام (و) الاجير (الخاص من) يستحق الاجر تسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا) بدرهم (للخدمة او رعى الغنم) هذ اذا تمكن من العمل اما اذا منعه عذر من العمل لا يستحق الاجر كان استأجر أجيرا يوما للعمل فى الصحراء كاتخاذ الطين ونحوه فمطر ذلك اليوم بعد ماخرج الاجير الى الصحراء لا أجر له كذا فى الذخيرة وقد يسمى اجير وحد لانه لا يمكن ان يعمل فى تلك المدة لغيره ثم اعلم انه اذا استأجر لرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيرى فى تلك المدة او لا وان ذكر المدة اولا صار أجير وحد بان استأجر لرعى غنمه شهرا بدرهم

بعضهم حيث اعترض على كلام الشارح بما ذكره الشرنبلالي وليس له وجه صحة (تتمة) قول العلامة الشرنبلالي كما قدمناه يعني به ما ذكره اول هذا الباب وفي باب الاجارة الفاسدة أيضا معزيا للخانية وهي مسئلة الخيار (قوله فهو أجير وحد) لانه اوقع الكلام على المدة في اوله فتكون منافعه للمستأجر في تلك المدة فيمتنع ان تكون لغيره فيها أيضا وقوله بعد ذلك لرعي الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص في المدة فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه درر (قوله ولا يضمن ما تلف الخ) كتخريق الثوب من دقه اجماعا لان المستأجر ملك منافعه وأمره بالتصرف في ملكه كان كفعله بنفسه وهذا عند أبي حنيفة ظاهر وكذا عندهما كما في الزيلعي وغيره لان تضمينهما المشترك استحسانا لصيانة أموال الناس واجير الوحد يعمل في بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال فتكون السلامة أغلب فأخذا فيه بالقياس ثم الراعي لو كان أجير وحد وماتت الغنم كلها لا ينتقص من اجره شيء ولو مشتركا وماتت لا يضمن اتفاقا ان تصادقا او برهن عليه والا صدق الراعي عند الامام والمالك عندهما ولو خيف هلاك شاة ولم ترج حياتها وذبحها الراعي او اجنبي لم يضمن هو الصحيح للاذن دلالة بخلاف نحو حمار وبغل ولو قال ذبحتها لمرض وأنكر ربها صدق ربها ولو شرط على الراعي ان يأتي بسمة ما هلك لم يصح وصدق الراعي في الهلاك وان لم يأت بالسمة وذكر هذا الشرط في العقد يفسده وبعده لا واعلم ان حارس السوق والخان اجير خاص وعن صاحب المحيط انه اجير مشترك وفي الذخيرة الفتوى على الاول قال العلامة الحموي وأقول في كونه اجيرا خاصا نظر اذ لا يصدق عليه تعريفه اهـ (قوله ما تلف في يده) بان سرق منه او غصب عنايه (قوله او ما تلف بعمله) أي اتفاقا اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى كما في العناية ومن التعدي ما اذا ضرب الراعي الشاة ففقأ عينها او كسر رجلها فانه يضمن لان الضرب غير داخل في الاجارة اذ الرعي يتحقق بالصياح بدون الضرب حموي عن العمادية (قوله والشرطان جائزان) لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين عبدين زيلعي (قوله الشرطان فاسدان) لجهالة المعقود عليه للحال ولنا أنهما عملان مختلفان ببدلين مختلفين وكل واحد معلوم فيتعين أحدهما باختياره وترتفع الجهالة المفضية للمنازعة عيني (قوله صح الشرط الاول) أي يجب ما سمى اذا وجد العمل في اليوم الاول من اليومين المردد فيهما دون الثاني وهذا معنى قول المصنف وزمانا في الاول لان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في الاول فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل يسمى على الانفراد فافترقا درر وزيلعي (قوله وفسد الثاني عند أبي حنيفة) لان الشرط الثاني عقد آخر فقد حصلت فيه تسميتان لان الموجود في اليوم الاول تسمية واحدة لان الثانية مضافة فصحت الاولى فاذا جازت التسمية الثانية اجتمع في الغد تسميتان والتسميتان في عقد واحد مفسده فوجب اجر المثل عيني وكان الظاهر ابدال اذا من قوله فاذا جازت التسمية بلو كما يدل عليه قوله والتسميتان في عقد واحد مفسدة (قوله وان خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به درهم في ظاهر الرواية ولا ينقص عن نصف درهم) في رواية النوادر كذا في النسخ التي وقفت عليها حين القراءة فليراجع شرح المجمع الصغير البرهاني والصواب كما في العناية والنهاية وفتاوى قاضيخان والزيلعي وصدر الشريعة وابن مالك على المجمع لا يتجاوز به درهم ولا ينقص عن نصف درهم في ظاهر الرواية فان مفهوم قوله ولا ينقص عن نصف درهم في رواية النوادر ان اجر المثل ان كان نصف درهم او اكثر ينقص عن نصف درهم في ظاهر الرواية لما تقرر ان مفهوم المخالفة في رواية الفقهاء حجة ومفهوم توسط ظاهر الرواية بين نفي المجاوزة عن درهم

فهو أجير وحد الآن يقول وترعى غنم غيري مع غنمي (ولا يضمن) الأجير الخاص (ما تلف في يده أو) ما تلف (بعمله وصح ترديد الأجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الأول) أي إن قال للخياط إن خطته فارسيا فلك درهم وإن خطته روميا فلك نصف درهم فالشرطان جائزان عندهم وأي العملين عمل استحق ما سمي أجره وقال زفر والشافعي الشرطان فاسدان وعلى هذا الخلاف ترديد الأجر بالترديد في صبغ الثوب بعصفر أو زعفران وإن قال للخياط إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم صح الشرط الأول وفسد الثاني عند أبي حنيفة فإن خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به درهما في ظاهر الرواية ولا ينقص عن نصف درهم في رواية النوادر

ونفى النقصان عن نصف درهم ان اجر المثل ان زاد على درهم كان له اجر المثل زائدا على درهم فى غير ظاهر الرواية ولا وجود لهذا فالصواب ما مر بجعل مجموع النفيين قولا واحدا او جعل قوله فى ظاهر الرواية قيدا فى قوله ولا ينقص عن نصف درهم فقط وتأخير قوله فى رواية النوادر الى قوله وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه لا يزاد على نصف درهم فان هذه هى رواية النوادر وقوله فى هذه الرواية ولا ينقص عن نصف درهم زيادة على ما وقفت عليه من الكتب المعتمدة وان كانت مستقيمة فى حد ذاتها فان نفى الزيادة على نصف درهم لا يستلزم النقصان عن نصفه وها أنا اذكر لك ما وقفت عليه قال فى الخانية فان خاطه فى اليوم الاول يجب المسمى فى ذلك اليوم وان خاطه فى اليوم الثانى يجب أجر المثل الا ان فى رواية الاصل يجب أجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم وفى النوادر يجب أجر المثل لا يزاد على نصف درهم وذكر القدورى الصحيح رواية النوادر ووجهه ان نصف الدرهم هو المسمى فى اليوم الثانى والمعنى انه صار راضيا به ووجه رواية الاصل والجامع الصغير ان التسمية الاولى باقية فى الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان وقال فى النهاية وذكر فى الايضاح واختلفت الرواية عن أبى حنيفة اذا خاطه فى اليوم الثانى وذكر فى الاصل والجامع الصغير انه يجب اجر المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن نصف درهم وذكر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ان له فى اليوم الثانى اجر مثله لا يزاد على نصف درهم ثم قال وهذه الرواية هى الصحيحة ووجهها ان الاجارة الفاسدة تجب فيها اجر المثل لا يزاد على المستحق والمسمى الثانى نصف درهم فأما الدرهم فهو المسمى فى اليوم الاول اه ومثله بتقديم رواية النوادر على ظاهر الرواية وعزو تصحيح رواية النوادر الى القدورى كما سبق فى العناية والتبيين وصدر الشريعة مقتصرين على نفى الزيادة على نصف درهم تبعا لمن سبقهم كقاضيخان وصاحب الايضاح كذا حرره شيخنا (قوله وقالا الشرطان جائزان) لانهما عقدان ببدلين مختلفين فيصح كلاهما عينى فصار نظير الخياطة الرومية والفارسية زيلعى (قوله الشرطان فاسدان) لانه اجتمع تسميتان فى اليومين لان المسمى فى الغد هو المسمى فى اليوم أيضا الا ان ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه ألا ترى انه لو قال خط الى هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى فى الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين بمقابلة مبدل واحد مفسد كقوله خطه بدرهم او بنصف درهم لكون الاجر مجهولا زيلعى مع عناية (قوله ولا ينقص عن نصف درهم) هذه زيادة على ما فى الزيلعى وهو ثابت فى بعض النسخ دون البعض الآخر ولعل الصواب حذفها كذا ذكره شيخنا (قوله فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة) لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى عناية وفيه ان هذه الاولوية بالنسبة للتأخير الى ما بعد الغد وليس الكلام فيه اما بالنسبة الى ما ذكره من قوله فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة فلا اولوية والكلام فيه كذا ذكره شيخنا (قوله وصح ترديد العمل فى الدكان) فى هذا المزج نظر والصواب كما هو مقتضى العطف على الثوب ان يقال وصح ترديد الاجر بترديد العمل فى الدكان وكذا يقال فيما بعده حموى وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء ولو بين أربعة لم يجز كما فى البيع در لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع فى احدى الروايتين وكلا الروايتين مصحح شرنبلالية (قوله وقالا الاجارة فيه غير جائزة) لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولا يدرى ايهما يجب فلا يصح وبه قال زفر والثلاثة وله ان اقل الاجرتين يجب بتسليم المحل والزيادة موقوفة على ظهور العمل ولو كان كل الاجر موقوفا على ذلك اى على ظهور العمل كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية جاز فهذا اولى عينى (قوله وقالا لا يجوز) صوابه وانهما قالا لا يجوز حموى (قوله بلا شرط) لان مطلق العقد يتناول الخدمة فى الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق ومثل الشرط ان يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف به لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان بخلاف

وقالا الشرطان جائزان وقال زفر وهو والشافعى الشرطان فاسدان وهو القياس وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه فى اليوم الثالث فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه هذا اذا دل على سبيل الترديد اما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم كان له درهم وان خاطه فى الغد وكذا ان قال ان خطته غدا فلك نصف درهم كان له نصف درهم وان خاطه فى اليوم كذا فى شرح الجامع الصغير البرهانى (و) صح ترديد العمل (فى الدكان والبيت) اى ان قال اجرتك هذا الدكان او البيت على انك ان سكنته عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالاجارة جائزة وأى العملين عمل استحق المسمى فيه وقالا الاجارة فيه غير جائزة (و) صح ترديد العمل (فى الدابة مسافة) أى ان قال اجرتك هذه الدابة الى مكة بدرهم وان جاوزتها الى المدينة فبدرهمين فهو جائز ذكر محمد هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافا فاحتمل ان يكون قول الكل واحتمل ان يكون قول أبى حنيفة وقالا لا يجوز (و) صح ترديد العمل فى الدابة (حملا) ان قال اجرتك هذه الدابة الى مكة على انه ان حمل عليها كر شعير فاجره نصف درهم وان حمل كر حنطة فاجره درهم جاز عنده وعندهما لا يجوز (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) فان سافر به

العبد

العبد الموصى بخدمته فان له ان يسافر به مطلقا لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه زيلعى مع تنوير (قوله فهو ضامن لمولاه) أى ضامن العبد ان هلك لمولاه حموى (قوله وان ردّه الخ) الصواب حذف هذه الواو حموى وفيه نظر ومثل مافى الشرح فى العينى والزيلعى والتنوير (قوله ولا يأخذ المستأجر الخ) والقياس ان يأخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له ان يسترده وكذا الصبى المحجور عليه اذا أجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع مما ينفعه من التصرفات وفى النهاية الاجر الذى يجب فى هاتين الصورتين اجر المثل زيلعى وقول الحموى وفى شرح العينى ما يخالفه فليراجع اه يعنى شرح العينى على الهداية فان اعتقه المولى فى نصف المدّة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر مامضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدّة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر مامضى للمولى وان اجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه العاقد تبيين وقول العينى واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال يجب عليه قيمته ولا يجب عليه الاجر اه يعنى اذا أجر نفسه فلو ذكره مقدما كالزيلعى لكان اولى لما فى التأخير من الايهام (قوله لا يضمن عند أبى حنيفة) كما لا يضمن اتفاقا لو أجره الغاصب لان الاجر له لا لمالكه تنوير وشرحه (قوله وعندهما انه يضمن) الظاهر حذف انه حموى وجه الضمان انه اتلف مال الغير بغير اذنه وله ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او يد نائبه والغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس فى يد نفسه فهو نظير المال المسروق فى يد السارق بعد القطع بخلاف ولد المغصوب حيث يضمنه الغاصب لانه جزء الام لا بدل المنفعة ولهذا لو استولدها لا يكون الولد له ولو اجر العبد كان لاجر له زيلعى (قوله ولو وجده ربه اخذه) لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك عينى كمسروق بعد القطع در (قوله وصح قبض العبد اجره) الحاصل من ايجاره نفسه اتفاقا لانه نفع محض مأذون فيه كقبول الهبة وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه لا لو اجره المولى الا بوكالة لانه العاقد درر ودرر قال الحموى هذا التركيب قليل يعنى ماسبق من قول المصنف وصح قبض العبد اجره لان اضافة المصدر الى فاعله وذكر المفعول قليل وقوله اجره أى أجر عمله (قوله والشهر الاوّل يكون باربعة الخ) لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا الى الجواز فينصرف الثانى الى مايلى الاوّل ضرورة درر (قوله حكم الحال) اى يكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يكن حجة زيلعى (قوله والعبد مريض او آبق) لو حذف هذا لكان اولى ليتجه قوله فان كان آبقا او مريضا الخ اذ بعد الحكم بمرضه او اباقه كيف يردد بينه وبين عدمه شرنبلالية (قوله وقال رب العبد الخ) وكذا لو أنكر ذلك بالمدّة شرنبلالية (قوله فالقول للمستأجر) يعنى بيمينه (قوله فالقول للمؤجر) أى مع يمينه كما سبق لكنه يشكل من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرّد الظاهر لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب اقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا اذا ادعت الامة العتق قبل الولادة والمولى ادعى العتق بعدها او اختلفا فى بيع الثمر مع الشجر يكون القول لمن فى يده الولد والثمر تحكيما للحال زيلعى فالحال فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة عناية وقول الزيلعى فى الجواب انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد أى مع تسليم العبد اليه فى المدة كما فى العناية بخلاف ما اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فانه لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح للدفع واعلم ان ثمرة دعوى الامة العتق قبل الولادة تظهر فى حرية الولد لعتقه تبعا لها (قوله والقول لرب الثوب الخ) أما فى الاولين

فهو ضامن لمولاه ولا أجر عليه وان ردّه على مولاه بعد ذلك (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا اذا دفعه لعمله) استحسانا (ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من اجره) اى ان غصب عبدا فأجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة فان اخذ العبد الاجرة واخذ الغاصب الاجر منه فأكله لا يضمن عند ابى حنيفة وعندهما انه يضمن (ولو وجده ربه اخذه وصح قبض العبد اجره) ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح) العقد (و) الشهر (الاول) يكون (باربعة) والثانى بخمسة (ولو اختلفا فى اباق العبد ومرضه وجرى ماء الرحى حكم الحال) حتى لو استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء فى آخر الشهر والعبد مريض او آبق فاختلفا فقال المستأجر ابق او مرض حين اخذته وقال رب العبد لم يكن ذلك الا قبل ان يأتينى بساعة فالقول للمستأجر ولو كان صحيحا فى الحال او غير آبق فالقول للمؤجر (والقول لرب الثوب فى القميص والقباء والحمرة والصفرة) اى فيما اذا قال رب الثوب امرتك ان تخيطه قباء وقال الخياط بل قميصا فالقول لرب الثوب وان قال رب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر

فلأن الاذن يستفاد من جهته فكان اعلم بكيفيته ولانه لوأنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لوأقر به يلزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجرله أو قيمته معمولا وله أجر مثله لايجاوز به المسمى زيلعى وتبعه العينى والحموى وجرى عليه بعضهم قال شيخنا نقلا عن عزمى زاده هذا سهو مخالف لكلام القوم والذى فى عامة الكتب وان شاء أخذه واعطاه أجر مثله وههنا قيدان الاول اختلافهما بعد العمل أما قبله فيتحالفان كما فى الدر عن الاختيار الثانى ان لايكون لهما بينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط شيخنا عن عزمى زاده (قوله فصبغه الخ) صبغ الثوب من باب قطع ونصر مختار ولو اختلف الصانع مع رب الثوب فى مقدار الاجر حكم قيمة الصبغ بخلاف سائر الاجارات شيخنا عن الزيلعى من باب المهر (قوله والقول لرب الثوب فى الاجر وعدمه) لان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر زيلعى وتبعه العينى وفى التعبير بالمستأجر نظر اذ كيف يكون مستأجرا له مع كونه منكرا تقوم عمله ووجوب الاجر عليه فلو عبر برب الثوب بدلا عن المستأجر لكان صوابا (قوله فالقول لرب الثوب مطلقا) أى عند الامام قال فى الهداية والقياس ماقاله فعلى هذا يكون المصنف آخذا بالقياس فى هذه المسئلة حموى (قوله حريفاله) أى معاملا وجمعه حرفاء كشريف وشرفاء (قوله ففعل ذلك مرارا) قال فى العناية بان تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر (قوله وقال محمد الخ) وبه يفتى لشهادة الظاهر شرنبلالية عن الصغرى والتبيين (تتمة) الأجرة للارض كالخراج على المعتمد فاذا استأجرها للزراعة فاصطلم الزرع آفة وجب منه لما قبل الاصطلام وسقط مابعده اشباه اه لكن جزم فى الخانية برواية عدم سقوط شئ حيث قال أصاب الزرع آفة فهلك اوغرق ولم ينبت لزم الاجر ولوغرقت قبل الزرع فلا أجر عليه درر وفى الاشباه ادعى نازل الخان اوالمعد للاستغلال الغصب لم يصدق والاجر واجب اه واعلم ان منافع الغصب تضمن فى ثلاث مسائل على ماهو المفتى به الوقف وعقار اليتيم والمعد للاستغلال

(باب فسخ الاجارة)

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد عناية (قوله وتفسخ بالعيب) لاقتضاء العقد السلامة ولو استوفى مع العيب فقد رضى فيلزمه كل البدل ولو ازال المؤجر العيب فلا خيار له ولابد من حضرة المؤجر للفسخ لان الرد بعيب شرطه ذلك اتفاقا فلو فسخ بلا حضوره لزمه الاجر لان الرد لم يصح ولو انهدم كل الدار كان له الفسخ عند غيبته ويسقط الاجر عند الكل حموى عن الخانية واعلم ان خيار العيب فى الاجارة يفارق خيار العيب فى البيع فانه ينفرد المشترى بالرد فى البيع قبل القبض وأما بعده فيشترط القضاء أو الرضاء وفى الاجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعده حموى عن البرجندى وفى الدر عن حاشية الاشباه معزيا للنهاية ان العذر ظاهرا ينفرد بالفسخ وان مشتبها لا ينفرد وهو الاصح اه واعلم انه يشترط للفسخ بالعيب عدم رؤياه وقت الاجارة قال فى الاختيار وان رأى هذه العيوب وقت الاجارة فلا خيار له لرضائه به وعلى المستأجر رمى التراب والرماد المجتمع فى الدار من كنسه لانه ليس من باب السكنى وكرى نهر رحى الماء على الآجر الا ان يكون شرطه على المستأجر كذا بخط شيخنا (قوله يضر بالسكنى) أوالخدمة سواء كان العيب قديما أوحدث بعد العقد أو بعد القبض وقيدنا بكون العيب مضرا لانه لولم يضر بالنفع كما لو سقط حائط من الدار ولم يخل بالسكنى لاتفسخ الاجارة كذا فى البرجندى والاصل فيه ان العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر فى المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد اذا مرض والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار

وان لم

فصبغه اصفر وقال الصباغ بل امرتنى اصفر فالقول لرب الثوب (و) القول لرب الثوب فى (الاجر وعدمه) أى ان قال رب الثوب عملته لى بغير اجر وقال الصباغ بأجر فالقول لرب الثوب مطلقا وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفاله اى بينهما اخذ واعطاء كالخياط يخيط الثوب بأجرة ففعل ذلك مرارا فله اجر والا فلا وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة أجر فالقول له

*(باب فسخ الاجارة وتفسخ بالعيب) بان استأجر دارا فوجد بها عيبا (يضر بالسكنى) فله الفسخ (وخراب الدار

وان لم يؤثر في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه أو سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها الا ان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين لا بالمنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار حموي عن الاتقاني (قوله وانقطاع الماء عن الضيعة الخ) كما لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر درعن الخانية (قوله وماء الرحى) لان كلا منهما يفوت النفع به فيثبت خيار الفسخ ولا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار وكما تنفسخ بعيب يفوت النفع به فكذا بعيب تختل المنفعة به بحيث يجوز ان ينتفع به في الجملة كمرض العبد ودبر الدابة فلو لم تختل المنفعة او انتفع بالمنفعة المختلة فلا خيار له درو عزمي زاده ودبر الدابة جرح ظهرها اوخفها قهستاني عن ابن الاثير (تتمة) ذكر في شرح الاسبيجابي لمختصر الطحاوي من كتاب المزارعة ما نصه اذا جاء من الماء مقدار ما يزرع به بعض الضيعة كان المستأجر بالخيار ان شاء نقض الاجارة كلها وان شاء لم ينقضها وكان للمؤجر بحساب ما روى منها كذا بخط شيخنا (قوله في هذه المسائل الثلاث) صريح في قصر الخلاف عليها خلافا لما يظهر من سياق كلام الدرر ولهذا قال عزمي زاده يظهر من سياق كلام الدرر ان تكون تلك الخلافية جارية في غير هذه المسائل الثلاث وليس الامر كذلك (قوله فقيل تنفسخ) لفوات المقصود لان المعقود عليه وهي المنافع قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض والاول اصح لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض ولو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر فأراد المستأجر ان يسكنه في بقية المدة فليس له ان يمنعه وليس للمستأجر ان يمتنع وما في الزيلعي وغيره من انه اذا انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه الاجرة بحصته لانه بقي شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمه حصته اه يحمل على ما اذا انقضت مدة الاجارة قبل الفسخ بعد انقطاع ماء الرحى لانه بانقطاعه يثبت له خيار الفسخ والمراد من قوله فاذا استوفاه الخ التمكن من الاستيفاء (قوله بموت أحد المتعاقدين) اطلاقه شامل لمستأجر الوقف لنفسه فتنفسخ بموته وبه صرح قارى الهداية في فتاواه قبل آخرها بورقتين والتقييد بالموت للاحتراز عن الجنون فلا تنفسخ الاجارة به ولو مطبقا كما في الخلاصة من باب اجارة الظئر وفي الفتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا واذا اجر الاب ارض الصغير او الوصي ومات لا تبطل الاجارة وكذا لا تبطل اجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها وتبطل بموت الصبي وكذا لا تبطل الاجارة بموت الواقف المؤجر قبل انقضاء المدة والقياس ان تبطل وبه أخذ أبو بكر الاسكاف لانه في معنى المالك وجه الاستحسان انه عقدها لغيره كالوكيل والعمل على الاستحسان شلبي عن الزيلعي (قوله ان عقدها لنفسه) الا لضرورة ككونه في طريق مكة ولا حاكم في الطريق فتبقى بالاجر المسمى فيرفع الامر الى القاضي ليفعل ما هو الاصلح فيؤجرها له لو امينا أو يبيعها بالقيمة ويدفع له أجرة الاياب ان برهن على دفعها وتقبل البينة هنا بلا خصم لانه يريد الاخذ من ثمن ما في يده ولو رضي الوارث وهو كبير ببقاء الاجارة ورضي به المستأجر جاز فيجعل الرضاء بالبقاء انشاء للعقد لجوازها بالتعاطي واعلم ان المستأجر والمرتهن والمشتري احق بالعين من سائر الغرماء لو العقد صحيحا ولو فاسدا فاسوة الغرماء درعن الاشباه وحاشيتها وجامع الفصولين وقوله فيرفع الامر الى القاضي الخ يعني بعد الوصول الى المقصد فلا ينافي قوله قبله ولا حاكم في الطريق (تتمة) سكن المستأجر بعد موت المؤجر ومضى المدة فالفتوى على انه لا يجب الاجر بالسكنى قبل الطلب لا فرق بين المعد للاستغلال وغيره خانية وفي الخلاصة الفتوى على انها ان كانت معدة للاستغلال يجب الاجر على كل حال اه حموي وقوله على كل حال أي سواء وجد الطلب ام لا بقي ان يقال ما نقله الحموي عن الخانية من ان الاجر لا يجب قبل الطلب مخالف لظاهر ما في الدر عن الخانية حيث قال استأجر دارا او حماما او ارضا شهرا فسكن شهرين هل يلزمه اجر الثاني ان معدا للاستغلال نعم والا لا وبه يفتى ... وكذا الوقف ومال اليتيم وهل يلزمه المسمى او اجر المثل ... القنية الثاني الخ

(وانقطاع الماء عن الضيعة و) ماء (الرحى) وقد اختلف المشايخ في هذه المسائل الثلاث فقيل تنفسخ بنفسها ولا يحتاج الى الفسخ (و) تنفسخ (بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه)

اللهم الا ان يحمل ما في الدرعن الخانية على ما اذا وجد الطالب فتزول المخالفة (قوله وقال الشافعي لا تنتقض بموتهما) لان المنافع عنده كالاعيان فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه ولم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستأجر فلو بقي العقد انما بقي على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته زيلعي (قوله وان عقدها لغيره لا الخ) لبقاء المستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وتنفسخ بموت احد المستأجرين او المؤجرين في حصته فقط وبقيت في حصة الحي وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشرو ما يراعى وجودها في الابتداء لا البقاء كالشهادة في النكاح درر لانه شيوع طارئ لا مقارن كذا بخط شيخنا (قوله كالوكيل) أي بالاجارة واما الوكيل بالاستئجار اذا مات تبطل الاجارة لان التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع فصار كالتوكيل بشراء الاعيان فيصير مستأجرا لنفسه ثم يصير مؤجرا للوكل فهو معنى قولنا ان الوكيل بالاستئجار بمنزلة المالك كذا نقله المصنف عن الذخيرة قلت ومثله في شرح المجمع والبزازية والعمادية ثم قال المصنف قلت هذا مستقيم على ما ذكره الكرخي ثم من ان الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل وأما على ما قاله ابو طاهر من انه يثبت للوكل ابتداء وبه جزم في الكنز وهو الاصح كما في البحر فلا يستقيم وتعقبه شيخنا بانه غير مستقيم على ما ذكره الكرخي أيضا الاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل لان ملكه غير مستقر والموجب للعتق الملك المستقر درر (قوله والمتولي في الوقف) اطلقه فعم ما لو كان موقوفا عليه وبه صرح القهستاني وهو ظاهره يفيد عدم انفساخ الاجارة في الوقف بموت المتولي بعد ان عقدها وان كان الوقف خاصا به بان كان جميع غلته له وهذا هو الموافق لاطلاق المتون وبه افتى قارى الهداية فكان هو المذهب خلافا لما في الاشباه معزيا للوهبانية (فرع) تخلية العبد باطلة فلو استأجر قرية وهو بالمصر لم يصح تخليتها على الاصح فينبغي للمتولي ان يذهب للقرية مع المستأجر او غيره فيخلي بينه وبينها او يرسل وكيله او رسوله لكن في حاشية الاشباه عن فتاوى قاري الهداية متى مضى مدة يتمكن من الذهاب اليها يكون قابضا ادرر بقي ما لو تعجل المتولي الاجرة ثم مات قبل مضي المدة فان الوقف اهليا والغلة للقابض فلمن انتقل الحق اليه ان يأخذ من المستأجر اجرة ما آل اليه فان كان الميت ترك مالا رجع بذلك في ماله والاضاع عليه وان كان غير اهلي لا يضيع بل يرجع على الوقف او في مال الميت براجع فتاوى الطوري وتكملة البحر (قوله وتفسخ بخيار الشرط) للمؤجر والمستأجر ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار درر وعزمي زاده بخلاف الصرف والسلم لمنعه تمام القبض المستحق بالعقد واذا فسخ الاجارة في اليوم الثالث لا يجب عليه اجر يومين لانه لا يتمكن من استيفاء المنفعة لانه لو انتفع بطل خياره حموي عن العمادية ونقل عن الجوهرة ان ابتداء مدة الخيار يعتبر من وقت الاجارة (قوله والرؤية) أي وتفسخ الاجارة بخيار الرؤية بالبصر كما في نظم ابن الفصيح فانه اذا استأجر شيئا لم يره فاذا رآه له ان لا يقبله قلت فلو اجر ما لم يره هل يصح ويكون له الخيار اذا رآه كما في البيع لم اره حموي والظاهر ان لا سقطت من كلامه وصواب العبارة ولا يكون له الخيار اذا رآه يدل عليه قوله كما في البيع (قوله خلافا للشافعي في الاولى والثانية) اما عدم الجواز في الاولى فلأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وان كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وأما عدم الجواز في الثانية فلأن الاجارة شراء المنافع ولا يجوز ان يشتري ما لم يره للجهالة ولنا ان هذه الجهالة لا تمنع الجواز لانها لا تفضي الى المنازعة لانه اذا رآه ولم يوافقه رده وقد قال عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه (قوله عن المضي في موجبه) أي موجب العقد وهو حكمه عيني (قوله تنفسخ بنفس العذر الخ) وعلى هذا فلا يكون هذا الاختلاف قاصرا على المسائل الثلاثة التي تقدمت خلافا لما قدمناه عن عزمي

زاده

وقال الشافعي لا تنتقض بموتهما (وان عقدها لغيره لا) تنفسخ بموته (كالوكيل) والاب (والوصي والمتولي في الوقف وتفسخ بخيار الشرط والرؤية وبالعذر) عندنا خلافا للشافعي في الاولى والثانية (وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) ثم العذر اذا تحقق تنفسخ بنفس العذر عند بعض المشايخ وعند عامة المشايخ يحتاج فيه الى الفسخ وهو الصحيح ثم الفسخ هل يحتاج فيه الى القضاء او رضا العاقد الآخر

زاده (قوله ذكر فى الزيادات الخ) صححه شمس الائمة السرخسى (قوله وأشار فى الجامع الصغير الخ) صحح قاضيخان والمحبوبى قول من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر أى لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر أى لان يظهر العذر شيخنا عن العناية (قوله فسكن الوجع الى قوله فاختلعت) أما فى سكون الوجع فلانه لو بقى العقد لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد وأما فى الخلع فلأنه لو بقى العقد يتضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة درر وغيرها ومقتضاه انه لو لم يخالعها أو لم يسكن الوجع لم يملك فسخها لكن فى الشرنبلالية له الفسخ مطلقا وليس ماذكر شرطا لان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله ولا جسده لانه قد تتلف لهاته بالقلع ولهذا قالوا فى القصاص يبرد سن الجانى تحاميا عن اتلاف لهاته بنزعه ولا يجبر على اطعام ماله لمن لا يشكره هذا ماظهر لى ثم رأيته فى البدائع الا مسئلة الخلع لكنه يفيد ذلك (قوله فأفلس) اى لزمته ديون كثيرة وصار بحال لا تأمنه الناس على امتعتهم أو بظهور خيانته عند الناس فامتنعوا من معاملته عزمى (قوله ولزمه دين بعيان أو ببيان) ولا مال له سواه أى لزمه دين لا يقدر على قضائه الا ببيع ما أجرها تفسخ والا لزم ضرر الحبس ويكفى توقع الحبس وان لم يحبس بالفعل على ما يظهر من كلام الهداية ويخالفه ما فى المبسوط حيث قال اذا كان على المؤجر دين فحبس فهو عذر حموى عن البرجندى وأقول فى كون كلام المبسوط يفيد عدم الاكتفاء بتوقع الحبس وانه لا بد من الحبس بالفعل نظر ظاهر لان التنصيص على الشئ لا ينفى الحكم عما عداه قال الزيلعى اختلفوا فى كيفية الفسخ قال بعضهم يبيع الدار ولا فينعقد بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع اهو أقول فى كون البيع يفسخ الاجارة ضمنا اشكال لان الاجارة لا تنفسخ بالبيع وانما يثبت للمشترى خيار الفسخ أو ينتظر فراغ مدة الاجارة ان لم يكن له علم بالاجارة وقت البيع فان كان له علم بها لزمه انتظار فراغ مدة الاجارة ولا يتخير اللهم الا ان يكون عدم فسخ الاجارة بالبيع مقيدا بان لا يكون البيع لاجل الدين ثم اعلم ان البيع لاجل الدين مقيد بان لا تكون الاجرة المعجلة تستغرق قيمة العين المؤجرة فان كان لم تبع درر (قوله والظاهر ان أحدهما مغن عن الآخر) يعنى قوله بعيان أو ببيان من المؤجر أشار به الى ان المراد بالعيان البينة التى يقيمها رب الدين وبالبيان البينة التى يقيمها المؤجر على ما ركبه من الدين الذى أوجب له بيع الدار المؤجرة حموى فى الحاشية وأقول ذكر العينى وغيره كالزيلعى والدرر وجرى عليه الحموى فى شرحه ان العيان المشاهدة من الناس والبيان اقامة البينة وعليه فيكون عطف البيان على العيان من عطف المغاير ولا يستغنى حينئذ بأحدهما عن الآخر (قوله وان المراد بالاقرار الخ) عطف على قوله ان أحدهما حموى (قوله فبدا له منه الخ) يقال بدا له فى هذا الامر بداء بالمد أى نشأ له فيه رأى وأبى فندى عن الصحاح ومرجع الضمير فى منه من قوله فبدا له منه هو الاستئجار (قوله ليس بعذر على رواية الاصل) لانه يمكنه ان يقعد ويبعث دابته على يد تلميذه أو اجيره فلا يلحقه ضرر (قوله وروى الكرخى انه عذر) قال فى السراج الوهاج والمعراج وهو الاظهر لان غيره لا يقوم مقامه فى الشفقة كذا بخط شيخنا وفى الملتقى لو مرض فهو عذر فى رواية الكرخى دون رواية الاصل قلت وبالاولى يفتى وفى الاشباه لا يلزم المكارى الذهاب معها ولا ارسال غلام وانما يجب تخليتها درر

* (مسائل متفرقة) *

(قوله مستأجرة أو مستعارة) ومثله أرض بيت المال المعدة لحط القوافل والاحمال ومرعى الدواب وطرح الحصائد وحاصله انه ان لم يكن له حق الانتفاع فى أرض يضمن ما أحرقته فى مكانه بنفس الوضع لا ما نقلته الريح على ما عليه الفتوى لان الريح نسخت فعله درر وعينى (قوله لم يضمن) لان هذا تسبب

ذكر فى الزيادات انه يشترط القضاء او الرضا واشار فى الجامع الصغير وفى الاصل انه لا يشترط القضاء او الرضا (كمن استاجر رجلا لقلع ضرسه فسكن الوجع او ليطبخ) له طعام الوليمة (فاختلعت) امرأته (منه او حانوتا ليتجر فيه فافلس او مات (او لزمه دين بعيان او ببيان) من اجره والظاهر ان احدهما مغن عن الآخر وان المراد المؤجر (او باقرار) منه والا يلزم بالاقرار السابق على الاجارة ولا مال له سواه ان يكون حجة متعدية (او استاجر دابة للسفر فبدا له منه) اى فظهر له منه (رأى) يعنى ندم عنه (لا للمكارى) اى ان بدا للمكارى رأى منه فانه ليس بعذر على رواية الاصل وروى الكرخى انه عذر

(مسائل متفرقة) وان احرق حصائد ارض مستأجرة او مستعارة فاحترق شئ) من الزرع وغيره (فى ارض غيره لم يضمن)

واعـا وضع المسئلة فيهما دون ارض ملكه لانه لما لم يضمن هنا فعدم الضمان بالاحراق فى ارضه بالطريق الاولى والحصائد جمع حصيدة اى محصودة أراد مابقى فى الارض من اصول القصب محصودة كذا فى المغرب قال الامام السرخسى هذا اذا كانت الريح هادئة من هدن أى ساكنة وفى نسخة هادئة بالياء من هدأ بالهمز أى سكن حين أوقد النار ثم تغيرت فاما اذا كانت مضطربة ينبغى ان يضمن ولو سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى أرض جاره يضمن (وان اقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) صورته خياطا أو صباغ اقعد فى حانوته خياطا أو صباغا على ان يتقبل العمل و يطرح عليه و يكون الاجر بينهما نصفين صح استحسانا (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا) بفتح الميم الاول وكسر الثانى أو بالعكس الهودج الكبير (وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى (ورؤيته) أى رؤية الجمال المحمل (احب ولمقدار زاده) عطف على قوله ليحمل لان معناه لان يحمل أى للحمل يعنى استأجر جملا ليحمل مقدار زاده فحمل (فأكل منه) فى الطريق (ردعوضه) أى جاز له ان يرد عوض ما اكل (وصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف) اى يصح هذه الاشياء الاربعة عشر مضافا خلافا للشافعى حال كون المذكور أو كل واحد (مضافا) الى زمان المستقبل

وشرط الضمان التعدى ولم يوجد فصار كمن حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرر النار الى طريق العامة وأحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئا لم يضمن عينى والعلاة من قوله فوضعه على العلاة هو السندان شيخ شاهين (قوله وانما وضع المسئلة الخ) وعليه فالتقييد بها اتفاقى بالنظر للارض المملوكة اما بالنظر الى ما لم يكن له حق الانتفاع فيها كما قدمناه عن الدرفاحترازى (قوله والحصائد) جمع حصيدة وحصيد وهما الزرع المحصود (قوله هادئة) بالنون حموى عن النهاية (قوله حين اوقد النار) متعلق بقوله هادئة (قوله ينبغى ان يضمن) لان موقد النار يعلم انه لا يستقر فى ارضه فيكون مباشرا در ر (قوله لا تحتمله الارض) بان كانت صعودا وارض جاره هبوطا يعلم انه لو سقى أرضه نفذ الى جاره ضمن ولو كان يستقر فى أرضه ثم يتعدى الى ارض جاره فلو تقدم اليه بالاحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كالاشهاد على حائط ولو لم يتقدم لم يضمن شرنبلالية عن جامع الفصولين (قوله فتعدى الى أرض جاره يضمن) لانه مباشر لا متسبب (قوله وان أقعد خياط الخ) سواء اتحد العمل او اختلف كخياط مع قصار در (قوله على ان يتقبل) أى الخياط الذى اقعد فى حانوته خياطا وذلك بان كان صاحب الدكان ذا جاه ولا حذاقة له بالصنعة فأقعد من يعلم و عمل بالنصف ويجوز ان يكون الضمير راجعا للخياط الذى لا حانوت له وذلك بان كان صاحب الدكان حاذقا ولكنه غير معروف لا يؤتمن ولا يقصد فأقعد على دكانه معروفا غير حاذق ليطرح هذا الذى قعد على صاحب الدكان بالنصف قال فى البيانية والاول أشبه حموى (قوله صح) استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجر بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه فى الحقيقة فان هذا لوجاهته يقبل وذا لحذاقته يعمل فتنتظم المصلحة ولا تضر الجهالة فيما يحصل لما علمت انها شركة لا اجارة هداية ودرر فان قلت قال الزيلعى وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا شيئا بوجوههما و يبيعا وهذا ليس فيه بيع ولا شراء فكيف تصور ان تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما يذا وتبعه العينى وغيره كالشرنبلالية والحموى وشارح التنوير قلت نقل شيخنا عن عزمى زاده ان صاحب الهداية لم يرد بشركة الوجوه ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بوجاهته يرشدك اليه هنا قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فاندفع الاشكال (قوله وفى القياس لا يجوز) يعنى للجهالة أما فى الاستحسان فيجوز لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد حموى وعينى (قوله ورؤيته أحب) لانه اقرب الى حصول الرضا وانفى للجهالة (قوله لان معناه لان يحمل الخ) يعنى فهو عطف على المعنى حموى (قوله فحمل فأكل منه) يشير الى ان المعطوف عليه محذوف من كلام المصنف (قوله وتصح الاجارة وفسخها الخ) شروع فى بيان العقود التى يصح اضافتها والتى لا يصح (قوله والقضاء) اعلم ان القاضى يستحق الاجر على كتب الوثائق والمحاضر والسجلات قدر ما يجوز لغيره كالمفتى فانه يستحق أجر المثل على كتابة الفتوى لان الواجب عليه الجواب باللسان (قوله خلافا للشافعى) لان المنافع عنده كالاعيان فلا يجوز اضافتها كاضافة البيع ولنا ان العقد يتجدد بحسب حدوث المنافع فيجوز اضافتها ولا فرق فى الاجارة المضافة بين أن يقول اجرتك هذه الدار غدا أو اذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى خلافا لمن فرق بينهما شلبى عن الولوالجية والعمادية (قوله حال كون المذكور أو كل واحد) يشير الى ان قوله مضافا حال من الاجارة وما عطف عليها بأحد التأويلين اللذين ذكرهما حموى (قوله مضافا الى الزمان المستقبل) منصوب على الحال من فاعل تصح وهى حال تعقبت جملا متعاطفة فتكون قيدا فى الجميع حموى (قوله الى الزمان المستقبل) وقع

فى

في النسخة التي كتب عليها السيد الحموي الى زمان المستقبل فلهذا قال الظاهر أن يقال الى الزمان المستقبل الا ان يقال الاضافة بيانية اه (قوله لا البيع واجارته) لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن فيه التمليك وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع زيلعي (قوله اذا جاء غدا الخ) فيه نظر لان هذا تعليق لا اضافة حموي واقول المراد بالاضافة ما يشمل التعليق بدليل ما قدمناه عن الشلبي معزيا للولوالجية والعمادية اذ قوله ولا فرق في الاجارة المضافة الخ صريح في ان في التعليق اضافة (تتمة) للمستأجر ان يؤجر المؤجر بعد قبضه قيل وقبله من غير مؤجره وأما من مؤجره فلا يجوز وان تخلل ثالث به يفتى لانه لزوم تمليك المالك وهل تبطل الاولى بالاجارة للمالك الصحيح لا در فيكون للمستأجر استرجاعها ولا تجب عليه الاجرة مادامت في يد المؤجر على ما في المنتقى وفي البزازية لا يسقط الاجر عن المستأجر واستظهره في شرح الوهبانية وكان وجهه ان المستأجر هو الذي فوت التمكن من استيفاء المنفعة على نفسه

(كتاب المكاتب)

قال في شرح الوهبانية ذكر هذا الكتاب بعد العتاق انسب اه وقال الاتقاني في وجه المناسبة ان كل واحد من الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بطريق الاصالة بمقابلة ما ليس بمال بخلاف النكاح والطلاق والعتاق على مال فان العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا تسمية المال وقال في الدرر مناسبته للاجارة ان في كل منهما ملك الرقبة لشخص والمنفعة لغيره ووجه تقديم الاجارة كما في العناية انها تشبه البيع من حيث التمليك وكان الانسب ان يقال كتاب الكتابة كما في نظائرها قال البرجندي ويجوز ان يكون المكاتب مصدرا ميميا فلا اشكال قال الحموي وفيه تأمل (قوله تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل) فان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة در قال الكمال لا معنى لقولهم المكاتب مالك بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه شرنبلالية وقوله رقبة أي ذاتا فانها وان كانت في الاصل العنق الا انها جعلت كناية عن مجموع ذات الانسان تسمية للكل باسم الجزء قهستاني (قوله من محل المفعول) الذي هو المكاتب اذ هو في محل نصب على المفعولية (قوله بدل البعض من الكل) فيه نظر لان بدل البعض من الكل لا بد فيه من رابط وليس هنا رابط ولان اليد هنا بمعنى التصرف لا الجارحة التي هي بعض المكاتب والظاهر ان يقال انه بدل اشتمال والرابط محذوف حموي (قوله الايجاب والقبول) بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه كان يقول لعبده ان اديت الفا فأنت حر او كاتبتك على الف فقبل لانها معاوضة فلا بد من الايجاب والقبول در ودرر وقال في الشرنبلالية قوله ان اديت الى الفا فأنت حر مناقض لما قدمه في باب العتق على جعل فانه قال المعلق عتقه بالاداء بأن قال ان اديت الى الف درهم فأنت حر مأذون لا مكاتب فجاز بيعه ولا يكون احق بمكاسبه اه فكيف يجعله من صيغ المكاتبة وحكمهما متباين قال شيخنا وهذا الاعتراض ساقط مما وجد من مناهي المصنف يعني صاحب الدرر ونصه قوله فقبل معتبر في المثالين وبه يكون المثال الاول مثالا للمكاتبة بخلاف ما سبق فانه فيه انما صار مأذونا لا مكاتبا باعتبار عدم القبول فيه (قوله وحكمها الخ) والملك في البدل اذا قبضه در (قوله صيرورة العبد الخ) عبارة الدرر وحكمها في جانب العبد انتفاء الحجر وثبوت الحرية في حق اليد لا الرقبة حتى يكون احق بمنافعه ومكاسبه لان الغرض من الكتابة وصول المولى الى بدلها والعبد الى الحرية باداء البدل ولا يتحقق الا بذلك وفي جانب المولى بقاء رقبة العبد على ملكه وثبوت حق المطالبة بالبدل في الحال ثم [illegible] على ملكه اذا عجز اه

(لا البيع واجارته) ان باع فضولي عبد رجل فقال المالك اذا جاء غد فقد اجزت (و) فسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال) قيد به لانه لو كان عن دم العمد يصح (وابراء الدين)

(كتاب المكاتب)

اسم مفعول من كاتب عبده مكاتبة وكتابا قال المطرزي لم اجد الكتابة بمعنى المكاتبة الا في الاساس (الكتابة تحرير المملوك) سواء كان قنا او ام ولد ومدبرا (يدا في الحال ورقبة في المآل) اي عند اداء البدل قوله يدا منصوب على التمييز او على البدل من محل المفعول بدل البعض من الكل ثم مدار تركيبه يدل على الجمع ومنه الكتب لانه جمع الحروف [illegible] هذا [illegible] الى بعض وسمي العقد كتابة [illegible] الوثيقة [illegible] على نفسه امر [illegible] على البدل والمولى [illegible] البدل [illegible] الاعتاق [illegible] وحكمها [illegible] الايجاب والقبول و [illegible] العبد احق [illegible] نفسه ومنافع [illegible] حتى لا يبقى له عليه [illegible] سبيل وشرط جوازها وعلى

وكان الاولى ابدال الانتفاء بالانفكاك كما ذكره عزمى قال العلامة نوح افندى انما عبر بالانتفاء لمناسبة الثبوت لانه مقابله (قوله قيام الرق فى المحل) وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية واحكامها حالا ومآلا زيلعى وسيأتى عن العناية ان الكتابة مع جهالة قدر البدل اوجنسه لا تنعقد أصلا فتكون باطلة (قوله كاتب مملوكه) عبر بالمملوك لصدقه بالقن والمدبر وام الولد ومافى الدرر حيث عبر بالقن اجيب عنه بانه جرى على الغالب كما فى الشرنبلالية ولو كاتب نصف عبده جاز ونصفه الآخر مأذون له فى التجارة ولو أراد منعه ليس له ذلك كيلا يبطل على العبد حق العتق در وفى مختصر الطحاوى كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه مأذون وعتق بالاداء نصفه وما فضل من الكسب نصفه له ونصفه للمولى ويسعى فى نصف قيمته حموى وقالا العبد كله مكاتب على ذلك المال قال فى الحاوى القدسى وبه نأخذ در قبيل باب كتابة العبد المشترك (قوله ولو صغيرا يعقل) احترازا عما لو كان لا يعقل فلا يصح اتفاقا الا ان يكون تبعا فلا تصح مكاتبة المجنون والصغير الذى لم يعقل ولو قبل عنه رجل ورضى المولى ولا يتوقف على اجازته بعد البلوغ فى الصحيح ولو ادى المال عنه غيره لم يعتق ويسترد مادفع لعدم القبول من المكاتب وهو شرط عنتف بانتفاء اهليته له شرنبلالية مع قهستانى ومافى العينى من ان قوله ولو صغيرا يحتمل وجهين أى ولو كان المولى صغيرا او العبد صغيرا الخ قال بعض الفضلاء فيه نظر لان الكتابة لا تصح الا باجازة وليه حموى (قوله يعقل البيع والشراء) أى ان البيع سالب للملك والشراء جالب للربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة قال محمد اذا كاتب عبده على ان يخدمه شهرا القياس لا يجوز والاستحسان يجوز شرنبلالية عن الذخيرة (قوله حال) لا يقال العبد لا يكون له مال فكيف تجوز الكتابة على مال حال لانا نقول يمكن تحصيل المال بالاستقراض والاستيهاب والتكدى قال البرجندى وفى الاخير تأمل قال السيد الحموى وجه التأمل ان العبد لا يملك وان ملك اه وقدمنا ما يدفع هذا التأمل عند قول الشارح ولو وهب لقن اخيه وهو ان الهبة تقع للعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به مالم يفضل عن حاجته الخ ماقدمناه معزوا للزيلعى واعلم انه اذا كاتبه حالا فكما امتنع عن الاداء يرد فى الرق لانه عجز وعجز المكاتب يوجب رده الى الرق شيخنا عن الاختيار (قوله اومؤجل) هو افضل ثم الكتابة اما عن النفس خاصة اوعنها وعن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ولو كان فى يده أكثر من بدلها وليس للمولى الابدل الكتابة لاغير شرنبلالية عن السراج وقوله وليس للمولى الابدل الكتابة لاغير لم يظهر لى وجهه اذ هو كسب عبده فلا يمتنع على المولى اخذه بدليل ماسبق عن مختصر الطحاوى فيما اذا كاتب نصف عبده ولا ينافيه ماسيذكره الشارح عند قول المصنف فيخرج من يده حيث قال حتى لا يبقى للمولى عليه وعلى كسبه سبيل لانه يحمل على ما اكتسبه بعد الكتابة لا على ما هو الاعم مما فى يده وقتها هذا ما ظهر لى فى هذا المقام ولم اجد من نبه عليه ثم رأيت التصريح بذلك فى الشرنبلالية حيث نقل عن البدائع ان مال العبد أى المال الذى يكون للكاتب ولا يكون للمولى عليه سبيل هو ما يحصل بعد العقد أى عقد الكتابة بتجارة وقبول هبة وصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى فى يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد الخ ثم ظهر لى ما يحصل التوفيق فما فى السراج مفروض فيما اذا كاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده بخلاف مافى البدائع مما يفيد ان المولى لا يمتنع عليه أخذ الفاضل مما كان فى يده وقت العقد لانه يحمل على ما اذا كاتبه عن نفسه فقط فلا تخالف حينئذ (قوله او منجم) أى موقت بأزمنة معينة اخذ من التوقيت بطلوع النجم ثم شاع فى مطلق التوقيت درر فالمنجم نوع من المؤجل لا عينه ولا غيره مطلقا عزمى زاده (قوله ثم سمى به الوقت) مجازا علاقته الحالية شيخنا (قوله ثم سمى به ما يؤدى فيه من الوظيفة) مجازا علاقته المحلية والظرفية شيخنا (قوله وقبل المملوك) لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه (قوله صح عقد الكتابة) والامر به فى الآية

قيام الرق فى المحل فلو) كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل) البيع والشراء (بمال) حال اومؤجل) بان قال كاتبتك على الف درهم الى سنة اشهر (او منجم) بان قال كاتبتك على الف درهم الى سنة على ان تعطينى كل شهر كذا من النجم وهو الطالع ثم سمى به الوقت ثم سمى به ما يؤدى فيه من الوظيفة ثم اشتقوا منه فقالوا انجم الدية اذا اداها نجوما (وقبل) المملوك (صح) عقد الكتابة وقال الشافعى

للندب

للندب لا للايجاب وقيل هو للاباحة والمراد بالخيران لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل الترك وقيل المراد به ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل زيلعى (قوله لاتجوز كتابة الصغير) اى مطلقا وان كان يعقل لانه ليس بأهل للتصرف ولا يصح ان يراد بالصغير هنا من لم يعقل فان عدم صحة الكتابة حينئذ يكون اتفاقيا فتدبر (قوله الامؤجلا) اقله نجمان لانه اذا كان البدل حالا يكون عاجزا عن تسليم المعقود عليه ولنا اطلاق قوله تعالى فكاتبوهم الآية فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ ولان البدل فى الكتابة معقود به كالثمن فى البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد زيلعى (قوله فان اديته فانت حر) قيد به لان ما قبله يحتمل الكتابة والضريبة وبما ذكر تترجح الكتابة زيلعى والضريبة واحدة الضرائب التى تؤخذ فى الجزية ونحوها ومنه ضريبة العبد وهى غلته شيخنا عن شرح المجمع (قوله والا فقن) غير محتاج اليه وانما ذكره حثا للعبد على الاداء نوح افندى ولو قال ان اديت الى الفا كل شهر مائة فهو كتابة فى رواية ابى سليمان لان النجم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده الا بالكتابة وفى رواية ابى حفص يكون اذنا لا كتابة اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص بالكتابة وهو الاصح زيلعى ولا يجب حط شئ من البدل خلافا للشافعى حيث اوجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ولنا ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا لاسقاطه اذ العقد لا يقتضى شيئا وضده والمراد بالامر فى الآية الندب دون الحتم كالامر بالكتابة وعن الكلبى المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة ولفظ الايتاء يدل عليه لانه للتمليك وهذا هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفى الرقاب فى آية الصدقة ويجوز ان يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جملة فقراء المسلمين زيلعى (قوله صح العقد استحسانا) والقياس ان لا يكون مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله ان يضرب على عبده ماشاء من المال وفيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك ان اديته فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى دون الالفاظ وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا (قوله فيخرج من يده) يرد عليه مالو كاتبه على خدمته سنة حيث لا تنقطع يد المولى عنه ما لم يستوف الخدمة حموى عن المقدسى (قوله دون ملكه) حتى لو اعتقه نفذ لبقاء ملكه ويسقط البدل لانه لم يلزمه مجانا بل بازاء العتق وقد حصل بدونه ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وفى الولوالجية رجل قال لمكاتبه ان كنت عبدى فانت حر لا يعتق لان فى كونه عبدا له قصورا وفيها قال كل مملوك لى حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين لانهم وان كانوا مملوكين لكنهم احرار يدا حموى قال والفرع الثانى مذكور فى المتن قبيل باب اليمين فى البيع (قوله وغرم المولى الخ) لانها بعقد الكتابة التحقت بالاجانب نعم لا حد ولا قود على المولى للشبهة درعن الشمنى بقى لو كان الذى وطئها وجنى عليها غير المولى هل يكون العقر والارش لها تستعين به على الكتابة كما لو كان المولى هو الذى وطئها وجنى عليها ذكر فى البدائع انه لا يكون لها وان حصلا بعد العقد بل يكون للمولى وكذا الحدادى قال واما ارش الجراحة والعقر فذلك للمولى واستشكله فى الشرنبلالية بقوله فلينظر مع الزام المولى العقر بوطئها والارش بالجناية عليها (قوله ان وطئ مكاتبته) قال الولوالجى فى كتاب النكاح لو وطئ مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد لانه شبهة ملك شيخنا عن الشلبى واعلم ان العقر فى الحرائر يراد به مهر المثل و فى الاماء يراد به عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها ولو شرط وطئها فسدت الكتابة وتعتق باداء البدل ولا يثبت لها شئ من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء وهكذا حكم الفاسدة بفوات شرط من شروط الصحة واما الباطلة وهى التى فاتها شرط من شروط الانعقاد فلا يثبت بها شئ من الاحكام يعنى مطلقا ولو بعد الاداء الا ان علق عتقه باداء البدل فيعتق به كسائر الشروط شرنبلالية عن الجوهرة والدراية والبدائع

لاتجوز كتابة الصغير وقال لايجوز عقد
الكتابة الامؤجلا لانه نجما وانما قيد
بقوله يعقل لانه لولم يعقل لايجوز
بالاتفاق (وكذا ان قال) لعبده
(جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول
النجم كذا وآخره كذا فان اديته فانت
حر والا) اى وان لم تؤد (فـ)انت (قن
صح) العقد استحسانا (فيخرج من
يده) بمجرده اى يخرج بعد
الكتابة من يد المولى حتى لا يبقى للمولى
عليه وعلى كسبه سبيل فلا يمنعه من
الخروج وان شرط عليه ان لا يخرج
(دون ملكه وغرم) المولى
العقر (ان وطئ مكاتبته) فيكون لها
(او جنى) المولى (عليها) او على ولدها
او اتلف مالها

وايضاحه مافي الزيلعي في الكلام على قول المصنف فان ادّى الخمر عتق حيث قال وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا اه (قوله وان كاتبه المسلم الخ) لما انهى المصنف الكلام على الصحيحة شرع في الفاسدة واعلم ان للمولى الفسخ في الفاسدة بغير رضاه وللمكاتب فسخها مطلقا في الجائزة والفاسدة وان لم يرض المولى تنوير وشرحه من باب موت المكاتب وعجزه (قوله على خمر اوخنزير) يعني لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر اوخنزير فالكتابة فاسدة وكذا ان كان المولى ذميا والعبد مسلما اوعكسه قال العلامة الحموي ويمكن ادخال الصور المذكورة في قوله وان كاتبه الخ ولما صرح بعد بالصحة فيما اذا كانا كافرين علم عدم الصحة فيما عدا ذلك (قوله وعين لغيره) والمراد به شئ يتعين بالتعيين كالثوب والعبد والمكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم اودنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة زيلعي (قوله وصيفا) وهو العبد للخدمة جمعه وصفاء عناية (قوله عبدا بغير عينه) قيد به اذ لو كان معينا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين فكذا استثناؤه ذكره في الاختلاف وعند الائمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط اوصفقة في صفقة شيخنا عن الدراية بقي ان يقال سياق كلام الشارح يقتضي ان الوصيف لا يصدق بالانثى فيوافق مافي المغرب على ماذكره عزمي من ان الوصيف هو الغلام والجارية وصيفة ويخالفه مافي تاج الاسماء من ان الوصيف هو الخادم عبدا كان اوامة اه (قوله فسد عقد الكتابة) اما الكتابة على خمر اوخنزير فلعدم المالية في حق المسلم بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر اوالخنزير لان النكاح يجوز بلا تسمية المهر ومع نفيه واما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلتفاحش الجهالة لكونها مجهولة القدر والجنس ثم اذا ادى قيمته عتق لانها هي البدل ذكره العيني وهو محمول على ما اذا تصادقا على قدر اما عند عدم التصادق لا بدّ من اداء اقصى مابه يقع تقويم المقومين كما في الشرنبلالية عن الاختيار واما اذا كاتبه على عين معينة لغيره فلعجزه عن تسليم تلك العين كما في الدر ومافي الزيلعي والعناية من انه اذا كاتبه على عين لغيره تتعين بالتعيين لا ينعقد العقد أصلا في ظاهر الرواية الا اذا قال اذا اديت الي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط يفيد بطلان الكتابة كذا في الشرنبلالية لكن في القهستاني معزيا للقاضيخان الاظهر الفساد فيما اذا كاتبه على عين لغيره كالمكيل والموزون والمذروع اه واما الاخيرة فلجهالة قدر البدل كما اذا كاتبه على قيمة وصيف لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد لما بينا كذا في الزيلعي وذكر في الشرنبلالية ان الكتابة في هذه الصورة باطلة أيضا بدليل مافي الزيلعي حيث قال الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيئا لا يصلح عوضا لجهالة القدر اولجهالة الجنس فان العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد أصلا ولهذا استشكل عزمي زاده التعبير بالفساد مع تحقق البطلان في بعض الصور ثم اجاب بأن المراد بالفاسد ما يعم الباطل كما في قولهم باب البيع الفاسد (قوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز في الرابعة الخ) لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا يصح تسميته كما في الزيلعي وقوله فلا يصح تسميته يعني لبطلان الكتابة كما في العزمية عن البيانية ولفظه لو ملك وادى اواجاز صاحب العين لا يعتق لبطلان الكتابة والباطل لا حكم له اه بخلاف ما اذا كان البدل غير معين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه زيلعي وقول الشارح في الرابعة يبتني على جعل مسئلة الكتابة على خمر وخنزير مسئلتين والا فالقال في الثالثة (قوله فعن محمد انه يجوز) لانه لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازة مع

وان كاتبه) المسلم (على خمر اوخنزير اوقيمته او) على شئ (عين لغيره او) على مائة ليرد سيده) عليه (وصيفا) أي على ان يرد المولى عبدا بغير عينه (فسد) عقد الكتابة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز في الرابعة حتى لو ملك ذلك العين واداه الى المولى عتق وان عجز عن ادائه رده المولى الى الرق فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز

انه مبنى على المماكسة فالكتابة اولى لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة زيلعى قال فى الولوالجية وهو المختار حموى (قوله وعن ابى حنيفة انه لا يجوز) لانها لو صحت لادى من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فتصير كسبه حينئذ وهو ملك المولى حموى (قوله فحينئذ يعتق) اى بحكم التعليق كما فى الزيلعى لا بحكم الكتابة (قوله الحسن بن ابى مالك) تفقه على ابى يوسف وتفقه عليه محمد بن شجاع وكان ابو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطيق توفى فى السنة التى توفى فيها الحسن بن زياد سنة اربع ومائتين حموى عن طبقات عبد القادر (قوله انه يعتق بالاداء سواء قال له المولى الخ) لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لو كاتبه على خمر فاداها ووجه قول ابى حنيفة ان ملك العين لم يصر بدلا فى هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد أصلا فيعتق ان ادى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة كذا فى الزيلعى وقوله فلا ينعقد العقد أصلا يقتضى بطلان الكتابة وهذا بالنسبة لقول الامام فلا ينافى تصريحه بالفساد لانه بالنسبة لقول ابى يوسف (قوله ففيه روايتان) فى رواية لا تجوز لانه كاتبه على مال نفسه والصحيح الجواز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه شيخنا عن غاية البيان (قوله فان ادى الخمر) يعنى قبل ان يترافعا للقاضى در عن ابن الكمال وكذا الخنزير كما فى التنوير وكذا الوادى الى ورثته بعد موت المولى كما فى شرح الحموى عن الرمز (قوله عتق مطلقا) أى سواء قال ان اديتها فأنت حر اولا حموى لان الخمر والخنزير مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط زيلعى (قوله وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمته) أى قيمة نفسه ووقع فى بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر وتبعه فى الاختيار وهو غلط شرنبلالية (قوله وعند أبى يوسف أيهما ادى عتق) اما عتقه باداء الخمر فلانه بدل صورة واما عتقه باداء قيمة نفس المكاتب فلانه البدل معنى وعزو هذا الحكم المذكور الى ابى يوسف بلفظ عند دون لفظ عن كما فى الزيلعى تبعا للهداية وادعى فى محله قال شيخنا وكان الموافق لما فى المبسوط والذخيرة ان لا يخص ابا يوسف لقوله فى العناية نقلا عن النهاية وهذا الحكم الذى ذكره ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة اه (قوله اذا قال ان اديتها الخ) باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه لا يعتق الا فى صور التعليق زيلعى (قوله لوادى الخمر ههنا لا يعتق) يمكن حمله على ما اذا لم يقل ان اديتها فأنت حر فلا يخالف ما قبله من قوله وعن ابى حنيفة ومحمد الخ ثم ظهر انه على اطلاقه وانه خلاف ظاهر الرواية كما فى الزيلعى لكن لم يذكر وجه عدم عتقه باداء الخمر وكأنه لظهوره وهو انه ليست بمال فى حق المسلم واما ما ذكره بعضهم معزيا للزيلعى حيث قال لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم تبق الخمر بدلا ثم ذكر ما فى الشرنبلالية عن العناية من ان فى العتق باداء الخمر روايتين ففيه نظر ظاهر لان الزيلعى وكذا الشرنبلالى لم يذكرا هذا الا فى فيما اذا كاتب المسلم عبده واغا ذكراه فيما سيأتى اذا كاتب الكافر عبده الكافر ثم اسلم احدهما وتدبر (قوله ولو ادى القيمة يعتق) اى قيمة نفسه كما فى بعض النسخ حموى (قوله وسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كذا فى العينى وغيره كالزيلعى والدرر تبعا للهداية وتعقبه عزمى زاده بأن الصواب ابدال قوله فيجب رد قيمته بقوله فيجب فيه القيمة اذ القيمة ليست بمرجفة حتى ترد (قوله ولم ينقص الخ) لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق درر بقى ان المسمى هنا هو الخمر فلا يصح قوله ولم ينقص عن المسمى الخ فاما ان يقدر مضاف أى قيمة المسمى او تجعل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها وترتها كاتبه على مال متقوم وفسدت الكتابة لفقد شرط من شروط الصحة كذا قيل واقول قال فى الدر وهذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة بها يعنى ان القيمة فى الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص منه وان كانت زائدة عليه زيدت وما فى الدر من قوله واعلم انه متى سمى مالا وفسدت الكتابة

وعن أبى حنيفة انه لا يجوز وعن أبى يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته وروى ابو يوسف عن ابى حنيفة انه ان ملك تلك العين فأدى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له ان أديت ذلك فأنت حر فحينئذ يعتق وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كذلك وهو رواية الحسن ابن ابى مالك عن ابى يوسف وروى اصحاب الاملاء عن أبى يوسف انه يعتق بالاداء سواء قال له المولى ذلك او لم يقل وان كاتبه على عين فى يد المكاتب وهو من كسبه بان كان مأذونا له فى التجارة ففيه روايتان ولو كاتبه على دراهم فى يد العبد من كسبه يجوز باتفاق الروايات وقال ابو يوسف فى المسئلة الخامسة الكتابة جائزة وتقسم المائة على قيمته وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقى (فان ادى الخمر) فى المسئلة الاولى (عتق) مطلقا وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمته وعند أبى يوسف أيهما ادى عتق وعن ابى حنيفة ومحمد انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فأنت حر وفى شرح الطحاوى والاسبيجابى حتى لو ادى الخمر ههنا لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق (و) اذا عتق باداء الخمر (سعى فى قيمته ولم ينقص عن المسمى) يعنى اذا كانت قيمة نفسه انقص من المسمى سعى فى المسمى (لا) فى قيمة (نفسه ويزيد عليه) يعنى اذا كانت قيمة نفسه اكثر من المسمى سعى فى قيمة نفسه بالغة ما بلغت هذا وان كان مستفادا من قوله وسعى فى قيمته الا انه ذكره بيانا وتأكيدا لدفع وهم نشأ من قوله ولا ينقص عن المسمى (وصح) عقد الكتابة (على حيوان غير موصوف) معناه ان يبين الجنس كالفرس او العبد

وجه من الوجوه لم ينقص عن المسمى ويزاد عليه يقتضى ان هذه المسئلة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير وبه صرح صدر الشريعة بقى ان يقال ماسبق عن الدرر من قوله وان كانت زائدة عليه زيدت تبع فيه صدر الشريعة قال المولى عزمى وفيه تسامح والمراد زيد على المسمى بقدر القيمة فان نفس القيمة لا تزاد ولهذا قال فى المبسوط زيد عليه اه (قوله ولا يبين النوع) كذا فى العناية ونصه اذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركى او هندى ولا الوصف انه جيد اوردىء جازت وينصرف الى الوسط وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة لان مبناها على المساهلة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل حتى لو كاتبه الى الحصاد صحت ولكن قال فى الاختيار والكتابة على الحيوان والثوب كالنكاح ان عين النوع صح وان اطلق لا يصح اه ولعله أراد بالنوع الجنس والا ناقضه مافى العناية شرنبلالية (قوله وينصرف الى الوسط) قدره أبو حنيفة فى العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه عناية (قوله ويجبر على قبول قيمته) كما يجبر على قبول عينه لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية والقيمة أصل ايفاء لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا زيلعى (قوله وهو القياس) لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو كاتبه على دابة اودار اوثوب وكالبيع ولنا ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصيف بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة اونحوها لتفاحش الجهالة زيلعى (قوله له قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها عينى (قوله وعتق بقبضها) قال العلامة المقدسى ولما كان الخلاف ثابتا اجمل المصنف فى الضمير ليرجع الى الخمر او القيمة بل الظاهر رجوعه الى نفس الخمر وفى البيانية ولو ادى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا اسلم أحدهما لان فى الكتابة معنى التعليق وبه قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وظن بعضهم فى شرحه انه لا يعتق باداء عين الخمر وليس بصحيح حموى (قوله واذا ادى الخمر عتق أيضا) لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق باداء الخمر أو قيمة نفسه على مامر زيلعى (قوله ولو أدى القيمة يعتق) أى قيمة الخمر حموى أخذا من تعليل الزيلعى بأن الكتابة انتقلت الى القيمة ولم تبق الخمر بدلا فى هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله الخ والله اعلم

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ومالا يجوز)

(قوله للمكاتب البيع والشراء) كذا اجارته واعارته وايداعه واقراره بالدين واستيفائه وقبول حوالة بدين عليه لا ان لم يكن عليه وله ان يشارك عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة وهو ليس من أهلها شرنبلالية عن البدائع وله المضاربة ويبيع ويشترى من مولاه الا انه لا يبيع منه درهما بدرهمين وكذا عكسه لانه بالكتابة صار احق بمكاسبه فكان كالاجنبى واستشكل بما سبق من ان للمولى ان يكاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده ولو كان مافى يده اكثر لانه لاربا بين المولى وعبده وأجيب بالفرق وهو انه فيما مر ورد عقد الكتابة عليه وهو قن وماهنا البيع من المولى صدر بعد تمام الكتابة وصيرورته احق بمكاسبه فيحرم الربا وكذا لا يجوز له ان يبيع ما اشتراه من مولاه مرابحة الا ان يبين كعكسه لما مر فى بابه (تتمة) لم يذكر المصنف وصية المكاتب وكذا العلامة الشرنبلالى لم يذكرها أيضا بل أحال على البدائع واقول هى كما فى الخانية على ثلاثة اوجه ان اوصى بوصية ثم مات عن وفاء لا تصح وصيته لانه يعتق قبل الموت فى ساعة لا تسع الايصاء الثانى ان يقول اذا اعتقت فقد اوصيت بثلث مالى لفلان ثم ادى وعتق ثم مات بعد ذلك كانت وصيته صحيحة فى قولهم الثالث اوصى بوصية ثم ادى فعتق ثم مات صحت وصيته فى قول أبى يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا تصح الوصية الا ان يجددها بعد العتق اه (قوله واطلاقه

يتناوله

ولا يبين النوع والصفة كالتركى والهندى والجيد والردىء وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول قيمته وقال الشافعى لا يجوز وهو القياس (او) عطف على قوله كاتب فى أول الباب أى صح هذا العقد ايضا او الكتابة أى صح ... عطف على قوله قال فى قوله (كاتب عبده) أى وكذا صح ان كاتب (ذمى) ... (على) مقدار (خمر) معلوم (ر) الكتابة (من المولى والعبد) (له) أى (لمن اسلم) ... (قيمة الخمر وعتق بقبضها) واذا ادى الخمر عتق ايضا كذا فى شرح الجامع الصغير وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق

*(باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز (للمكاتب البيع) واطلاقه يتناوله بمثل القيمة ...

يتناوله بثمن المثل) عبارة الحموي في شرحه بقليل الثمن وكثيره وباي جنس كان من الثمن وهذا عند الامام وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فيه وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا النسيئة كوكيل البيع الخ وقال القهستاني للمكاتب كالولده وعبده وامته البيع والشراء ولو بغبن فاحش عنده الخ (قوله وبالمحاباة) يعني اليسيرة لقول قاضيخان ولا يحابي محاباة فاحشة كالعبد المأذون شرنبلالية واقول هذا بالنسبة لمذهب الصاحبين واما عند الامام فلا تتقيد المحاباة باليسيرة يدل عليه كلام القهستاني وكلام الحموي أيضا كما سبق (قوله والشراء) والتوكل في الشراء وان اوجب عليه ضمان الثمن للبائع لانه يملك المبيع اولا ثم ينتقل منه الى الموكل فكانه باعه منه وعلى من يقول لا يثبت له فهو من ضرورات التجارة حموي (قوله وان شرط المولى عليه ان لا يخرج الخ) لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد ولا تفسد الكتابة بمثل هذا الشرط لانه ليس في صلب العقد درر لان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة اوزمانا وهذا ليس كذلك لانه شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة عناية والحاصل ان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يكون في البدل مثل ان يشترط خدمته او يكاتبه على خمر او خنزير زيلعي قال شيخنا ومنه ما في الخانية كاتب امته على ألف درهم على انه يطأها ما دامت مكاتبة فسدت الكتابة واذا أدت البدل قبل الفسخ عتقت اه ولشبهها بالنكاح لا تبطل به اذا لم يكن في صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد او لا يبيع بالنسيئة فان قلت في قول الزيلعي فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اشكال حيث صرح بالبطلان ومثل له بما لو كاتبه على خمر او خنزير قلت يمكن ان يجاب بأن المراد بالباطل الفاسد (قوله وللمكاتب تزويج امته) لانه يستفيد به المهر درر وهو باطلاقه شامل لما لو زوجها من عبد نفسه وليس كذلك ولهذا قيد المسئلة القهستاني بما اذا زوجها بعبد غيره وسيأتي في الشرح بعد قول المتن لا تزويج عبده ما يدل على التقييد (قوله وكتابة عبده) يعني الذي لم يتكاتب عليه بقرابة او لاد شرنبلالية (قوله وهو القياس) لانه يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله وجه الاستحسان ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لا يملكه على ان العقد يقتضي مثله وانما ملكه على ان الكتابة بيع من نفس العبد زيلعي وفي قوله وانما ملكه الخ نظر اذ ليس له بيع نفس العبد منه كما سيصرح هو به (قوله ان ادى المكاتب الثاني بعد عتقه) وان اديا معا فولاؤه للمولى ترجيحا للاصل وان عجز الاول ورد الى الرق بقي الثاني مكاتبا فان ادى البدل الى المولى عتق وان عجز رد الى الرق كالاول درر (قوله فالولاء لسيده) لتعذر جعل المكاتب معتقا لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب زيلعي (قوله أي لا يجوز التزوج) بمعنى لا ينفذ شرنبلالية كذا لا يجوز التسري ولو بالاذن والمأذون والمدبر كذلك لان مبنى التسري على ملك الرقبة درر ولا ملك له حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق (تتمة) اطلق في عدم جواز التزوج فعم ما لو كان بنفسه وبالتوكيل كما في القهستاني والمراد من قوله لا يجوز أي لا يصح كما في النقاية (قوله بلا اذن من المولى) فان اعتق قبل اجازته نفذ ذلك النكاح على المكاتب قهستاني (قوله والهبة والتصدق) لانهما تبرع وهو ليس من اهله الا ان

وبالمحاباة وبالنقد والنسيئة والشراء والسفر وان شرط) المولى عليه (ان لا يخرج من المصر) (و) للمكاتب (تزويج امته وكتابة عبده) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهو القياس (والولاء) اي ولاء المكاتب الثاني (له) اي للمكاتب الاول (ان ادى) المكاتب الثاني (بعد عتقه) اي المكاتب الاول (وان ادى) الثاني (قبل عتق الاول فالولاء لسيده لا التزوج) اي لا يجوز التزوج (بلا اذن) اي بلا اذن من المولى (و) لا (الهبة) ولو بعوض لانه تبرع ابتداء (و) لا (التصدق)

اليسير منه من ضرورات التجارة ليجتمع عليه المجاهزون فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته زيلعى واعلم ان اطلاق المنع من الهبة والتصدق شامل لما لو كان باذن المولى وهو مصرح به ووجهه ان المولى لا ملك له فى كسبه والمجاهز عند العامة الغنى من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع فحرف الى المجاهز شيخنا عن المغرب (قوله الا بيسير) يعنى من المأكول قال فى الجوهرة ولا يهب ولا يتصدق الا باليسير يعنى كالرغيف والبصل والملح ونحو ذلك شرنبلالية وهو مخالف لما سيذكره الشارح عن الذخيرة من انه يتصدق ويهب بقدر فلس وفضة اقل من درهم (قوله ويأخذ الضيافة اليسيرة) الظاهر ان يقال ويعمل الضيافة حموى (قوله ولو وهب او اهدى درهما فصاعدا لا يجوز) فاذا اعتق رد اليه ذلك لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف شرنبلالية عن البدائع وتقييد رده اليه بالعتق لا للاحتراز عما قبل العتق بل لدفع ما عساه ان يتوهم من انه موقوف وبالعتق ينفذ (قوله ولا التكفل) فى المضمرات لو كاتب عبديه كتابة واحدة بألف فله ان يطالب كل واحد منهما بجميع الالف وان لم يذكر الكفالة قهستانى (قوله بنفس او مال) وكذا لا فرق بين ان يكون باذن المولى او بغير اذنه لانها تبرع والمولى لا يملك كسب المكاتب فلا يصح اذنه بالتبرع شرنبلالية عن البدائع وفيها عن الجوهرة اذن له مولاه فى الكفالة فكفل أخذ به بعد العتق وفيها عن المقدسى كفل عن سيده صح لان بدل الكتابة عليه فلم يكن متبرعا اه ويعنى به لو كان باذن المولى ليلتقى قصاصا بما ادى عن بدل كتابته اه فان قيل بدل الكتابة مال فى ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذى يحصل به المال عناية (قوله ولا الاقراض) لانه تبرع لم يدخل تحت الكتابة وينبغى ان يجوز باليسير كالهبة قهستانى (قوله ولا اعتاق عبده الخ) لانه ليس بأهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين فى ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه فى الوكالة فلا يملكه زيلعى (قوله وتزويج عبده) لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب فى شئ بخلاف تزويج الامة على ما بيناه زيلعى (قوله كالمكاتب) لان الاب والوصى يملكان الاكتساب فيملكان ما يملكه المكاتب عينى (قوله من غيره) أى من غير الرقيق فهو احتراز عن بيع الرقيق من نفسه فانهما لا يملكان ذلك كالمكاتب وسيصرح به (قوله وكتابته) يعنى استحسانا واذا اقر الاب او الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت ظاهرة بمحضر من الشهود يصدق ويعتق المكاتب وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره بالعتق لانه فى الاول اقرار باستيفاء الدين فيصح وفى الثانى بالعتق وهو لا يصح شرنبلالية عن البدائع (قوله ولا يملك مأذون الخ) لانهم لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها والاصل فيه ان من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصى والجد والمكاتب والقاضى وامينه وكل من كان تصرفه خاصا فى التجارة كالمضارب والشريك والمأذون لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند أبى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا وجوابه انه ليس من باب التجارة فلا يملكونه وجعل فى النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله فى الكافى كالمأذون قال الزيلعى وجعله كالمأذون اشبه بالفقه (قوله أى دخل فى كتابته تبعا) لان المكاتب من اهل ان يكاتب فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر فى حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغا عاقلا وكان صغيرا أو مجنونا لان هذه الصلة وهى العتق تجب حقا للعبد فلا فرق بين المكلف وغيره كنفقة الزوجات زيلعى وكذا ضمان المتلفات يجب فى مال الصغير وان لم يكن مكلفا واراد بالاب

الا بيسير) اى بصدقة يسيرة وهبة يسيرة ولا يوكل بهما وذكر فى الذخيرة انه يتصدق ويهب بقدر فلس ورغيف وفضة اقل من درهم ويأخذ الضيافة اليسيرة ويهدى الطعام المهيأ للاكل بقدر دانق ولو وهب او اهدى درهما فصاعدا لا يجوز (و) لا (التكفل بنفس او مال (و) لا (الاقراض و) لا (اعتاق عبده ولو) كان (بمال وبيع نفسه) اى لا يجوز بيع نفس عبده من عبده (وتزويج عبده) اى لا يجوز مطلقا اى لا فرق بين ان يزوج عبده من امته او من امة غيره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لو زوج امته من عبده يجوز (والاب والوصى فى) حق (رقيق الصغير) فى باب التصرف (كالمكاتب) فيملكان بيع رقيق الصغير من غيره وكتابته ولا بيعه من نفسه ولا تزويجه ولا يملكان تزويج اعتاقه ولو بمال ويملكان تزويج امته (ولا يملك مأذون ومضارب وشريك) مطلقا سواء كانت الشركة شركة المفاوضة او العنان (شيئا منه) اى من المذكور عندهما وعند ابى يوسف لهم تزويج الامة (ولو اشترى) المكاتب (اباه او ابنه تكاتب عليه) اى دخل فى كتابته تبعا وانما لم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك حتى اذا عجز المكاتب تبعه الاب (ولو اشترى اخاه ونحوه) فى القرابة وهو كل ذى رحم محرم لا ولاد بينهما

والابن

والابن قرابة الولاد واقواهم دخولا الولد المولود فى كتابته ثم الولد المشترك قال شيخنا أى المولود قبل الكتابة قلت وسيأتى فى باب موت المكاتب معزيا للدر مايدل عليه ثم الابوان وعن هذا يتفاوتون فى الاحكام فالمولود فى كتابته حكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والمشترى يؤدى الكتابة حالا والا رد الى الرق والوالدان يردان كما مات ولا يؤديان لا حالا ولا مؤجلا ومنها ان المولى لا يطالب من دخل فى الكتابة تبعا حال قيام المتبوع درر وشرنبلالية ولو قال لا يعتقان بالاداء لا حالا ولا مؤجلا لكان أولى لان المقصود بالنفى اغناه والعتق بالاداء لا الاداء نفسه بقى ان يقال ماذكر من ان الابوين يردان الى الرق كما مات ولا يعتقان بالاداء الخ مخالف لما فى البدائع حيث قال اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما ان تؤدوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق لكن تنتفى المخالفة بحمل مافى البدائع على قول الصاحبين وغيره على قول الامام كما فى مختصر الظهيرية شرنبلالية واعلم ان الكاف من كما مات للمبادرة كما يقال سلم كما تدخل وصل كما يدخل الوقت وابى افندى عن مغنى اللبيب (قوله لا يدخل فى كتابة المكاتب) عند ابى حنيفة حتى يجوز له ان يبيعه لانه لم يملكه ليمتنع بيعه لكنه اذا ادى المكاتب عتق نحو الاخ لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدى فيتقرر له و بين ان يعجز فيتقرر للمولى وههنا تقرر له فعتق عليه ولا سعاية عليه لانه صار كشراء القريب ابتداء درر (قوله وعندهما يدخل) لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا عتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم وله ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ماينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه غير ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الابوين ولا يكفى فى غيرها حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا زيلعى واعلم ان ثمرة الاختلاف بين الامام وصاحبيه فيما اذا اشترى المكاتب ذا رحم محرم لا ولاد بينهما تظهر فى جواز بيعه وعدمه فعند الامام للمكاتب بيعه لانه لم يتكاتب عليه خلافا لهما وتظهر أيضا فيما اذا مات لا عن وفاء فعندهما يقوم مقامه و يسعى على نجومه خلافا للامام صرح بالمسئلة الاولى فى الدرر كما قدمناه واما الثانية فتستفاد من كلام الشرنبلالى حيث قال وقالا يتكاتب عليه و يسعى على نجومه عندهما كما فى الخانية اه واما انه يعتق ولا سعاية عليه اذا عتق المكاتب بالاداء او بموته عن وفاء فادى البدل مما ترك فلا خلاف فيه (قوله ولو اشترى ام ولده) المستولدة بالنكاح عزمى وكلام الشارح يفيده (قوله ثم اشتراها مع الولد) كذا لو اشتراها ثم اشتراه درر عن الجوهرة وقبل شرائه لا يحرم بيعها ذكره ابن الملك فى شرح المجمع ومحصله انه ان اشتراه اولا ثم اشتراها حرم بيعها لان الولد تكاتب عليه اولا وبواسطته تكاتب امه اذا اشتراها وان اشتراها اولا لا يحرم بيعها الانتفاء المقتضى وهو تكاتب الولد ثم اذا اشترى الولد حرم بيعها عند شراء الولد لوجود المقتضى اه ومن هنا ظهر ان المدار على اجتماعهما فى ملكه اعم من ان يكون قد اشتراهما معا أو متعاقبا (قوله لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه لانها تابعة له بحديث اعتقها ولدها عينى (قوله حتى لا تعتق عليه بعتقه) ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير ان لها بيعه كيفما كان لان الجزئية لم تثبت من جهتها زيلعى (قوله ولو لم يكن معها الولد الخ) هذا اذا كانت الولادة قبل الكتابة بدليل قول السيد الحموى واما اذا ولدت فى ملكه لم يجز بيعها سواء كان ولدها باقيا أو ميتا اه اذ المراد من قوله واما اذا ولدت فى ملكه أى بعد ان كوتب (قوله خلافا لهما) وجه قولهما انها أم ولده وله ان القياس جواز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد الا انه ثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد لثبوته فى الولد وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه زيلعى وقوله والقياس ينفيه أى ينفى امتناع البيع نوح افندى (قوله وان ولد له من أمته الخ) فان قيل المكاتب لا يملك وطء أمته قلنا النسب لا يتوقف على الحل كما فى وطء أمة ابنه أو امة مشتركة حموى عن الرمز (قوله

(لا) يدخل فى كتابة المكاتب عند
ابى حنيفة حتى يجوز له ان يبيعه
وعندهما يدخل (ولو اشترى ام ولده
معه) بان تزوج امة رجل فولدت
منه ثم اشتراها مع الولد (لم يجز بيعها)
ولم يدخل فى كتابته حتى لا يعتق عليه
بعتقه نص عليه فى المبسوط ويدخل
ولدها فى الكتابة وانما قيد بشراء الولد
معها لانه لو لم يكن معها الولد يجوز
البيع خلافا لهما (وان ولد له) اى
للمكاتب (من امته) اى من امة
المكاتب

تكاتب عليه) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في التكاتب زيلعي (قوله وكسبه له) لانه في حكم مملوكه كما كان قبل دعوته وكذا المكاتبة اذا ولدت فالحكم كما سبق زيلعي (قوله وان زوج المكاتب امته من عبده الخ) استشكله في الشرنبلالية بما تقدم من ان المكاتب لا يزوج عبده قال وقد يقال لا منافاة لان تزويج المكاتب امته من عبده ليس مفيدا صحة عقده وملكه اياه فالعقد غير صحيح ومع ذلك يثبت النسب كما في النكاح الفاسد وكما ان المكاتب لا يملك التسري ومع ذلك لو وطئ امته فادعى ولدها ثبت النسب وليس تزويج المكاتب عبده كتزوجه يكون موقوفا اذ لا مجيز له حال صدوره وتزوجه هو له مجيز وهو المولى الحر الخ فتحصل ان المكاتب ليس له تزويج عبده وان اذنه المولى لانه لا يملك كسب مكاتبه بقي ان يقال ماذكره الشرنبلالي من التنافي انما يتجه على قراءة المكاتب من قوله وان زوج المكاتب وقوله فكاتبهما المكاتب بفتح التاء على صيغة اسم المفعول اما ان قرئ بصيغة اسم الفاعل بكسر التاء كما وجدته بخط شيخنا فلا ثم رأيت بخط الشيخ عبد الحي مانصه قال الشهاب الشلبي ينبغي ان يقرأ بكسر التاء لا بفتحها لان من كوتب لا يملك تزويج امته من عبده فلو ذكر المولى بدل المكاتب لكان أولى كما لا يخفى لان المتبادر للفهم ان المكاتب بفتح التاء هو العبد وبكسرها هو المولى وان كان يطلق على كل من العبد والمولى بفتح التاء وكسرها لغة لانه من باب المفاعلة كما صرح به في المصباح اه (قوله وكسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الحرية والرق كما مر درر ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا بخلاف مالو قبلا الكتابة عنهما وعن ولدهما فقتل فالقيمة حينئذ بينهما لان قبول العقد منهما فلا أولوية بخلاف مجرد التبعية زيلعي (قوله نكح باذن مولاه حرة) اي في الواقع (قوله وعند محمد ولدها حر بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون رقيقا وقدمر مرارا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل في المغرور باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه ليلتحق به لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة يدفعها الزوج الحر وههنا بقيمة متأخرة الى مابعد العتق فبقي على الاصل واستشكله الزيلعي بان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن المولى يظهر في حق المولى ويطلب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال واجاب المقدسي بان الاذن بمطلق النكاح لا يستلزم الوطء لجواز تركه وعلى تقدير فعله فقد لا تلد منه اه حموي ولا يخفى مافيه اذ الاذن بالنكاح اذن بما يفضي اليه فالجواب ماوجدته للرازي بخط شيخنا حيث قال وهذا ليس بوارد لان المولى اذنه بالنكاح وما تعلق به من المهر والنفقة فيظهر في حقه اما الغرور فليس باذنه فلا يكون راضيا به فيتأخر الى مابعد عتقه اه ثم رايت في حاشية الواني على وجه البحث ذكر ما يقتضي صحة جواب المقدسي حيث قال ان الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان من لوازمه والوطء ليس كذلك الخ (قوله وان وطئ امة بشراء بغير اذن مولاه) تقييده الوطء بكونه بغير الاذن ليس احترازيا بل ليفيد وجوب العقد في المكاتبة اذا كان الوطء بالاذن بالطريق الاولى (قوله بشراء صحيح) تعقبه في الشرنبلالية بان الاستحقاق يمنع صحة الاشتراء فكيف يوصف الشراء بالصحة فكان ينبغي أن يقال كما في المواهب لو وطئ مشتراة فاستحقت اوردت لفساد البيع واجاب شيخنا بأن وصفه بالصحة باعتبار الظاهر وقت الشراء وان كان في نفس الامر غير صحيح الخ (قوله أخذ به مذ عتق) والفرق انه لولا الشراء لما سقط الحد ولم يسقط الحد لا يجب العقر فيكون العقر من توابع التجارة فيكون ثابتا في حق المولى وهذا النكاح ليس من الكسب فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر في حق المولى ولقائل ان يقول العقر يثبت بالوطء لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة في شئ فلا يكون ثابتا في حق المولى صدر الشريعة واحسن ما اجيب به عن هذا الاشكال ماذكره في الشرنبلالية عن العناية من ان

الكتابة

(ولد تكاتب عليه وكسبه) اى كسب هذا الولد (له) اى للمكاتب (وان زوج) المكاتب (امته من عبده فكاتبهما) المكاتب (فولدت دخل) الولد (في كتابتها وكسبه لها) (ولو نكح) مكاتب او مأذون باذن مولاه (حرة) كائنة حريتها بزعمها (فولدت) منه (فاستحقت فولدها عبد) فلا يأخذه بالقيمة وهذا عندهما (وان ... (وعند محمد ولدها حر بالقيمة) (امة) وطئ المكاتب او المأذون (بغير اذن مولاه) ملكها (بشراء صحيح) (او بشراء فاسد فردت) فاستحقت (فالعقد في الكتابة) الامة الى بائعها (ولو) وطئ المكاتب او المأذون امة (بنكاح) اى في المكتوب في الكتابة بغير اذن المولى فاستحقت (اخذ به) اى بالعقر (مذ عتق) هذا اذا كانت الامة ثيبا ولو كانت بكرا فافتضها يؤخذ بالعقر في الحال ولو تزوجها باذن مولاه يؤخذ بالمهر في الحال

الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر بخلاف النكاح اه وقوله بخلاف النكاح يعني فان الكتابة لا توجبه

*(فصل قوله ولدت مكاتبة من سيدها الخ) اطلقه فعم مالو كانت الولادة من وطئه الكائن قبل الكتابة أو بعدها خلافا لظاهر قول الشارح صورته كاتب امة ثم وطئها فولدت ولهذا تعقب بأن تأخير الوطء عن الكتابة ليس بلازم قلت انما قيد الوطء بكونه بعد الكتابة لا للاحتراز عما لو كان قبلها بل ليتوجه لها عليه المطالبة بالعقر حتى لو كانت الولادة من وطئه الكائن قبل الكتابة فلا عقر لها فتحصل من تعبير الشارح بثم ان استحقاقها العقر عليه مقيد بما اذا ولدت من وطئه بعد الكتابة لا مطلقا ولهذا قال في الشرنبلالية وهواى استحقاقها العقر ظاهر فيما اذا اقر بوطئها حال كتابتها اما لو جاءت بالولد لدون ستة أشهر من وقت الكتابة ولم يقر بالوطء بعد الكتابة لا يتوجه استحقاقها العقر عليه (قوله فهي بالخيار) لانه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما عيني (قوله وأخذت العقر) أى مهر مثلها عناية (قوله سواء صدقته في الدعوة اوكذبته) لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك بخلاف ما اذ ادعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوة من غير تصديق الابن لان له تملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له زيلعي (قوله فان مات المولى عتقت الخ) تفريع على ما اذا اختارت المضي على كتابتها حموى (قوله وسقط عنها بدل الكتابة) لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه زيلعي (قوله وما بقي ميراث لولدها) لثبوت عتقها في آخر جزء من أجزاء حياتها ولا ارث لمولاها الا ان العصبة النسبية مقدمة (قوله فلا سعاية على هذا الولد) لانه حر عيني (قوله لانها مكاتبة) ولا يحل للمولى وطئها حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن ان يكون العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد زيلعي (قوله فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة) لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها كما ذكره الشارح فلا بد من الدعوة فان قلت تصريحهم بحرمة وطئها يشكل بما في الدرر حيث صرح بجواز استيلاد المكاتبة قلت ما في الدرر متعقب بأنه غير جيد وان اجيب عنه بأن المراد بالجواز الصحة لا الحل شرنبلالية (قوله فاذا ماتت سعى هذا الولد) أى ماتت من غير وفاء ولم يدعه فانه يسعى فيما بقي عليها لانه مكاتب تبعا لها لانه لما لم يثبت نسبه تكاتب عليها عيني وحموى (قوله فلو مات المولى بعد ذلك) أى بعد موت الام حموى (قوله عتق الولد) الآخر لان ولد ام الولد يعتق بموت المولى كأمه حموى (قوله وبطلت عنه السعاية) لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها زيلعي ولانه صار حرا بموت المولى ولا سعاية على الحر حموى (قوله وان كاتب أم ولده او مدبره صح) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل زيلعي (قوله وعتقت مجانا الخ) أى عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى حال حياته زيلعي (قوله وسعى المدبر في ثلثي قيمته الخ) لانه سلم له بالتدبير السابق على الكتابة الثلث فيكون البدل بمقابلة الثلثين لتجزي الاعتاق عنده فعنده لما كان متجزئا بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كان قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير لكون احد البدلين مؤجلا وفي التخيير فائدة لجواز ان يكون أكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر اداء لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا

(فصل) واذا (ولدت مكاتبة
من سيدها مضت على كتابتها او عجزت)
نفسها (وهي ام ولده) صورته كاتب
امة ثم وطئها فولدت فهي بالخيار ان
شاءت مضت على كتابتها وادت بدلها
واخذت العقر واكتسابها من
مولاها وان شاءت عجزت نفسها عن
اداء بدل الكتابة وردها الى الرق
وصارت ام ولده سواء صدقته في
الدعوة او كذبته فان مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وان ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها
منه وما بقي ميراث لولدها فان لم تترك
مالا فلا سعاية على هذا الولد وان
ولدت ولدا آخر فنفاه المولى اولم
يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها
مكاتبة ولا يحل للمولى وطؤها فلا
يثبت النسب منه الا بالدعوة فاذا
ماتت سعى هذا الولد فيما بقي عليها فلو
مات المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت
عنه السعاية (وان كاتب ام ولده او
مدبره صح) عقد الكتابة حتى لو ادى
بدل الكتابة قبل موت المولى عتقا
بالكتابة (وعتقت مجانا بموته وسعى
المدبر في ثلثي قيمته او كل البدل بموته)
اى حال كون المولى (فقيرا) لا مال
له غير عبده

زيلعي فاستفيد منه انه بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته حالا او كل البدل مؤجلا بدل عليه قوله فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة الخ ولكن في تعليله التخيير بقوله لجواز ان يكون أ كثر المالين ايسر الخ نظر لاحتمال ان يكون الحال من المالين وهو ثلثا قيمته هو الاكثر وحينئذ فلا يتم ماذكره من قوله وفي التخيير فائدة الخ لانه لا يتم الا اذا كان المؤجل هو الاكثر ايهما كان وذلك يأباه قوله فتوجه لعتقه جهتان الخ فتأمل فاني لم ار من نبه على ذلك (قوله وعند ابي يوسف يسعى في الاقل منهما) لانه لما عتق كله بعتق ثلثه لعدم تجزي الاعتاق بطلت الكتابة و بطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي عليه أصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما و يسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا ووجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير يلزمه الاقل من غير تخيير اذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد زيلعي (قوله وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة) لان الكتابة صادفت كله وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه فالخلاف في موضعين في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار (قوله وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له باحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فتبقى له جهة الحرية متحصلة بدين (قوله وعندهما يسعى في الاقل منهما) وهو الاظهر كما في المواهب حموي فالمخالفة في التخيير لا غير بخلاف الاولى فان الخلاف فيها في التخيير والمقدار اما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاذا اعتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لان به سلم الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم وهو الثلثان زيلعي (قوله والقياس ان لا يصح) لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا أو يجعل هذا الصلح فسخا منهما للكتابة السابقة وتجديدا للعقد منهما على خمسمائة حالة زيلعي وحموي لا يقال يجعل هذا الصلح اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمؤجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقدمر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة عناية للزوم الربا بقي ان يقال ماذكره الزيلعي من ان بدل الكتابة مال من وجه مخالف لما في الدرر حيث ذكر انه ليس بمال من وجه قلت ماذكره الزيلعي موافق لما في الهداية ولا ينافيه ما في الدرر لانه اذا كان مالا من وجه يفهم انه من وجه آخر ليس بمال فالمآل واحد (قوله مات مريض الخ) المحاباة في هذه المسئلة في الاجل لا في القدر حموي (قوله كاتب عبده الخ) أي كاتبه في المرض اذ لو كانت الكتابة في الصحة لنفذت المحاباة مطلقا وان لم تجز الورثة ولو قال كما في التنوير مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة فمات الخ لكان اولى (قوله وقيمته ألف) فلو كان مال الكتابة والقيمة على السواء بان كان ألفا فانه يجب تعجيل ثلثي الالف اتفاقا كما في المفتاح (قوله اورد الخ) بالبناء للمجهول أي رده الورثة الى حالته الاولى رقيقا حموي (قوله وعند محمد يؤدي ثلثي الالف) لان المولى له ان يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها بالطريق الاولى ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليه احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلثي الجميع زيلعي (قوله والباقي الى أجله) اي الباقي من البدل لا من القيمة كذا يستفاد من عبارة الدرر (قوله ادى ثلثي القيمة حالا الخ) وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة

والاولى

وعند ابي يوسف يسعى في الاقل منهما وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة وقيد بقوله فقيرا لانه لو مات وترك مالا يخرج المدبر من الثلث عتق بالتدبير وسقط بدل الكتابة (وان دبر مكاتبه صح فان عجز) نفسه (بقي مدبرا والا) اي وان لم يعجز ومضى على الكتابة ومات المولى ولا مال له سواه (يسعى في ثلثي قيمته) اي ثلثي البدل (بموته) حال كون المولى (معسرا) لا مال له غيره عند ابي حنيفة وعندهما يسعى في الاقل منهما وانما قيد بقوله معسرا لانه لو كان موسرا ويخرج المدبر من ثلث المال يعتق ولا يلزمه السعاية (وان اعتق مكاتبه عتق ويسقط) عنه (البدل وان كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس ان لا يصح (مات مريض كاتب عبده على ألفين) مؤجلا (الى سنة وقيمته ألف) درهم ولا مال له غيره (ولم تجز الورثة) التأجيل (ادى) العبد (ثلثي البدل حالا و) ادى (الباقي الى اجله او رد رقيقا) هذا عندهما وعند محمد يؤدي ثلثي الالف وهو القيمة حالا والباقي الى اجله (وان كاتبه على الف) مؤجلا (الى سنة وقيمته الفان) ومات ولا مال له سواه (ولم يجيزوا) الورثة (ادى) العبد (ثلثي القيمة حالا او رد رقيقا)

والاولى ان الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الاولى حتى كان يملك اسقاطها بأن يدعه بقيمته فتأخيرها أولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لان حق الورثة متعلق بجميعه بخلاف الاولى زيلعى وقوله حالا اما من الحلول او مقابل المستقبل حموى فعلى الاول يقرأ بالتشديد وعلى الثانى بالتخفيف (قوله ويسقط عنه الباقى) أى من القيمة أى يسقط عنه ما زاد على ثلثى القيمة وبهذا التقرير تعلم ان قوله ويسقط عنه الباقى مرتبط بقوله ادى ثلثى القيمة حالا كما يفهم من الدر فلو قدمه على قوله او رد رقيقا كما فى التنوير لكان أولى (قوله اذا قبل الحر الاجنبى الخ) فيه تأمل حموى ولم يبين وجهه ووجهه ان فى قول الشارح أى اذا قبل الحر الخ اخراجا لكلام المصنف عن ظاهره المتبادر فان قوله أى اذا عقد الحر الخ يفيد ان ايجاب عقد الكتابة صدر من مولى العبد وهذا خلاف ما ظهر من كلام المصنف لان قوله حر كاتب عن عبد يفيد عكس ذلك فلم يكن بين المتن والشرح ملاءمة (قوله قبل أدائه) أى قبل اداء الحر شيخنا (قوله وقبل الرجل) صريح فى ان الامر لا يكون ايجابا فى باب الكتابة كالبيع فليحرر حموى بقى ان يقال يفهم من قول الشارح ثم ادى ألفا بعد قوله وقبل الرجل انه لو لم يقبل وادى ألفا لا يعتق خلافا لما يظهر من الدرر حيث اطلق فى انه يعتق بالاداء ولم يقيده بقبول الرجل ولذا قيده فى العزمية بقوله عتقه بالاداء مقيد بما اذا قبل الرجل ثم ادى ألفا كما ذكره الزيلعى اه (قوله فانه يعتق بحكم الشرط) من غير قبول العبد واجازته واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء كذا بخط شيخنا (قوله ولو لم يقل على انى الخ) قيل هذه هى صورة الكتاب واليه مال الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير حموى (قوله لا يعتق قياسا) لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق زيلعى (قوله وفى الاستحسان يعتق) لان الكتابة نافذة فيما ينفع العبد وهو عتقه باداء ما شرط وتوقفها فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا له كذا فى البناية قال العلامة المقدسى وفيه انه اذا كان خاليا عن شرط التعليق كيف يقال اذا ادى يعتق بحكم الشرط واجيب بأن الكتابة تتضمن تعليق العتق باداء ما شرطه المولى من البدل وهو المراد من قولهم عتق باداء ما شرط وان لم يكن هناك تعليق صريح حموى فان قيل ما الفرق بين هذا والبيع فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز وهنا لم يتوقف اجيب بان ما هنا اسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول فليراجع تكملة البحر للطورى (قوله لا يرجع على العبد) لانه متبرع وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد فلو لم يحصل المقصود وهو العتق بان ادى بعض البدل يرجع بما اداه على المولى سواء اداه بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق زيلعى (قوله ان اداه بضمان يسترده) لان الضمان باطل لانه ضمن غير الواجب الا ترى انه لو ضمن بدل الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما اداه فههنا اولى واذا رجع على المولى لا يرجع المولى على العبد لانه لا شئ على العبد قبل الاجازة فيعتق بغير شئ كما فى الغاية بخلاف ما اذا ادى بلا ضمان حيث لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق فتم مراده وبخلاف ما اذا قبل العبد بنفسه الكتابة ثم تبرع انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع بما ادى سواء ادى البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده زيلعى (قوله ويتوقف فى حق الغائب على اجازته) لعدم ولاية الحاضر على الغائب كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره ووجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة او المشترى فيها او المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا باداثها وليس عليهم شئ من البدل ولا تعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف فى حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه لانه ليس عليه دين الكتابة أصلا زيلعى واعلم ان التبعية بالنسبة للمولود فى الكتابة والمشترى ظاهرة وكذا فى المضموم اليها فى العقد اذ لا يجب عليه من البدل شئ فالتبعية فيه بالنظر لهذا الوجه (قوله وايهما ادى عتقا) اما اذا دفع الحاضر فلان

ويسقط عنه الباقى (حر كاتب) اى اذا قبل الحر الاجنبى عقد الكتابة لمولى العبد نائبا (عن عبد بألف وادى) الحر عنه (عتق فان قبل العبد) حين سمع كلامه قبل ادائه (فهو مكاتب) وان قال لا اقبله ثم ادى القائل الالف لم يعتق لانه ارتد برده كذا فى النهاية صورتها حر قال لمولى عبد كاتب عبدك فلانا على الف درهم على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدى الفا فانه يعتق بحكم الشرط ولو لم يقل على انى ان أديت اليك الفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا وفى الاستحسان يعتق ولو أدى القائل البدل لا يرجع على العبد وهل يرجع على المولى ويسترد منه ما أدى ان أداه بضمان يسترده وان أداه بغير ضمان لا (وان كاتب) العبد (الحاضر والغائب) معنى المسئلة ان يقول العبد كاتبنى على الف على نفسى وعلى فلان الغائب وكاتبهما على هذا (وقبل الحاضر صح) العقد عليهما استحسانا والقياس ان تصح الكتابة على الحاضر بحصته من البدل وتتوقف فى حق الغائب على اجازته (وايهما ادى عتقا) و(يجبر المولى على القبول) و(ايهما ادى بدل الكتابة

البدل عليه وهو أصل فيه واما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا كما اذا ادّى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فانه يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين كذا في الزيلعي ووقع في بعض نسخ الدرر ذكر دينه بدل عينه وهو غلط كما الشرنبلالية (قوله لا يرجع على صاحبه) اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادّى بغير أمره وليس بمضطر فيه بخلاف معير الرهن فان الاضطرار بفوات شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات لولم يؤدّ اجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به حموي عن الاكمل (قوله وان وهبها للغائب لم يعتقا) لانه لا دين عليه فكان تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف مالو وهبها للحاضر لكون الدين عليه (قوله وان حرر العبد الغائب عتق) وسقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا بخلاف الولد المولود في الكتابة او المشترى حيث لا يسقط عن الامة شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة تبعا درر وقوله لا يسقط عن الامة مساو لما في الزيلعي من قوله عن الام اذ المعين لا يختلف لكن ذكر عزمي زاده ان ما في الزيلعي اظهر (قوله ويؤدّي الغائب حصته حالا) كذا لومات الحاضر درر ودرر (قوله والا رد في الرق) لانه دخل في العقد مقصودا بخلاف المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات درر وفيه نظر اذ دخوله في العقد مقصودا لا يقتضي تحتم الاداء عليه حالا ولارده في الرق عند عدم الاداء الحال والظاهر ان يعلل بما ذكره عزمي عن الكافي من ان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب ثم ظهر انه تعليل لسقوط حصته من بدل الكتابة ولوذكره عقبه مقدّما على قوله وادى الغائب حصته حالا والا رد قنا كالزيلعي لكان صوابا وليس المراد تقديم الكل بل خصوص قوله لانه دخل في العقد مقصودا واما قوله بخلاف المولود في الكتابة الخ فانه يبقى في محله مؤخرا كما هو في الزيلعي كذلك (قوله ولا يؤخذ الغائب) بشئ من البدل لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم شيئا وانما دخل في الكتابة تبعا عيني (قوله وقبوله لغو) وكذا رده زيلعي يحتاج للفرق بين هذه المسئلة والمسئلة السابقة فانه قال هناك اذا قبل العبد صار مكاتبا وانى افندى واقره نوح افندى (قوله والكتابة لازمة للشاهد) أي للحاضر من الشهود بمعنى الحضور لا من الشهادة (قوله وعن ابنين صغيرين) مفاده ان قبول الاولاد وردهم لا يعتبر وبه صرح الزيلعي وانظر هل تقييد الابنين بكونهما صغيرين احترازي لم اره والظاهر انه اتفاقي بدليل ما في الزيلعي حيث جعل هذه المسئلة مثل كتابة الحاضر والغائب في جميع الاحكام فلو لم يقيد بالصغر كعدم تقييد الغائب به لكان اولى (قوله وأي ادّى لم يرجع) لانه متبرع درر (قوله ويجبر المولى على القبول) تقدّم وجهه فيما اذا كاتب الحاضر والغائب (قوله ويعتقون) لوجود شرط العتق وهو اداء البدل ولو اعتق المولى الام بقي عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤدّيانه في الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبا شيئا ليس للمولى أخذه ولا له ان يبيعهما ولو ابرأهما عن الدين او وهبهما لا يصح كما في العيني لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف مالو وهبه لها او ابرأها منه حيث يصح فتعتق ويعتقان

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله فاذا قبض المكاتب الخ) بكسر التاء على صيغة اسم الفاعل (قوله لانه لولم يأذن الخ) وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه في المقبوض ويختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن لعبده بالاداء اليه

فيكون

(لا يرجع على صاحبه) بشئ وان وهب المولى الكتابة للحاضر عتقا وان وهبها للغائب لم يعتقا وان حرر العبد الغائب عتق وان حرر الحاضر عتق وبطل عنه حصته من الكتابة و يؤدي الغائب حصته حالا والا رد في الرق (ولا يؤخذ) العبد (الغائب بشئ) من البدل (وقبوله لغو) يعني قبل العبد الغائب اولم يقبل فليس ذلك منه بشئ حتى لا يجب عليه شئ من البدل والكتابة لازمة للشاهد (وان كانت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح) العقد (واي أدى) بدل الكتابة (لم يرجع) على صاحبه بشئ ويجبر المولى على القبول ويعتقون

(باب كتابة العبد المشترك)

*(عبدهما اذن احدهما صاحبه ان يكاتب حظه) اى حظ المأذون (بألف و) ان (يقبض) الشريك المأذون (بدل الكتابة فكاتب) نصيبه بألف (وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وان ادى الفا عتق حظه ولا يضمن لشريكه ولكن يسعى العبد في نصيب الساكت هذا عنده وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة الكل فيكون بدل الكتابة بينهما فاذا قبض المكاتب شيئا يكون بينهما قبل العجز وبعده وانما قيد بقوله اذن احدهما لانه لولم يأذن

فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على المكاتب أي على العبد المكاتب فيصير المكاتب اخص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم كله له كرب الوديعة اذا أذن المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم زيلعي ومن هنا تعلم ما في عبارة الدرر من الخلل حيث قال فيكون متبرعا بنصيبه على القابض لما علمت من ان التبرع انما هو على العبد كما نبه عليه عزمي ثم ظهر ان ماذكره في الدرر موافق لما يظهر من سياق كلام الهداية والاتقاني (قوله له حق الفسخ) لانه يتضرر بالكتابة اذ بها يمتنع بيع نصيبه في الحال ويصير مستسعى في ثاني الحال ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضي أو برضا العبد شرنبلالية عن البدائع بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا اضرار فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول الى ذلك وبخلاف عتقه وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ زيلعي (قوله وللساكت ان يأخذ الخ) لانه كسب عبد بينهما ويرجع الذي كاتب على العبد بما اخذ شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له فيرجع عليه الى تمام بدله وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الاداء وما اكتسبه بعد الاداء له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى وهو أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد والقول له فيه لان الكسب حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات شرنبلالية عن البدائع واعلم ان الرجوع على العبد بما أخذه الشريك مفروض فيما اذا كاتب حظه على بدل وقبض بعضه فأخذ الشريك منه نصفه لان الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له الا نصفه وأما اذا كان البدل مقابلا بكله كما لو كان كله مكاتبا بألف لم يرجع على المكاتب بشئ مما اخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه زيلعي (قوله صحت دعوته) لقيام ملكه فصار نصيبه ام ولد لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الآخر ولدها الثاني صحت دعوته لقيام ملكه ثم اذا عجزت جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المانع من الانتقال قد زال ووطؤه سابق درر (قوله وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد درر وعبارة الكافي لتكامل الاستيلاد قال عزمي زاده ومنه يظهر ان العبارة لما بكسر اللام وتخفيف الميم لا غير اه وقوله نصف قيمتها أي مكاتبة (قوله ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة عيني (قوله وضمن شريكه الآخر عقرها) لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد درر مع عناية (قوله وهو ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف عيني قال في المفتاح وكان ينبغي أن لا يضمن المستولد الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة لان ولد ام الولد كامه في عدم التقوم والحكم كذلك عند ابي حنيفة وماذكر في المتن قولهما كذا في النهاية قال الحموي وفيه ان ما ادعاه من ان ما في المتن قولهما ممنوع فقد اطبق الشراح على ان ما في المتن قول ابي حنيفة غاية ما فيه انه يشكل على قوله وقد أجيب عنه باجوبة منها ان في تقوم ام الولد روايتين فيكون الولد متقوما على احداهما ومنها ان ام الولد متقومة في الجملة بدليل صحة كتابتها وعلى تسليم عدم تقومها أصلا فحكمنا بتقوم ولدها على مذهب الخصم للضرورة اه والاولى في الجواب ما نقله الشيخ شاهين عن المبسوط حيث قال لا يقال ولد ام الولد لا مالية فيه عند الامام كامه فكيف يضمن بالغرور لان هذا بعد ثبوت أمومية الولد (قوله وأي دفع العقر الى المكاتبة صح) لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بمنافعها وابدالها درر قال في الشرنبلالية وكان الاولى في التعليل ان يقول كما قال الزيلعي لاختصاصها بنفسها اه وأقول ماذكره في الدرر موافق لما في الهداية (قوله واذا عجزت ترده الى المولى) لظهور اختصاصه (قوله وعندهما هي ام ولد الخ) هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما

له حق الفسخ عند الكل وان لم يفسخ حتى أدى بدل الكتابة عتق حظه عند أبي حنيفة وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من البدل (أمة بينهما كاتباها فوطئها) أحدهما (فولدت) ولدا (فادعاه) صحت دعوته وثبت النسب (ثم وطئها) الواطئ الآخر (فولدت) ولدا (فادعاه) صحت دعوته وثبت النسب (فعجزت) عن الاداء (فهي أم ولد للاول وضمن) المستولد (الشريك نصف قيمتها) (و) ضمن (نصف عقرها) وضمن (شريكه) الآخر (عقرها وقيمة الولد) (وهو ابنه وأي دفع العقر الى المكاتبة صح) فلا يطالبه ثانيا بعقر واذا عجزت ترده الى المولى وهذا عند أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للاول

لا يتجزأ واستيلاد القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فأبو حنيفة قاس المكاتبة على المدبرة لان الكتابة عقد لازم كالتدبير فمنعت من تكميل الاستيلاد وهما قاساها على القنة لان الكتابة تحتمل الفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب ففسخناها في حق تكميل الاستيلاد وبقيت فيما وراءه لا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لان في انفساخها ضررا ببطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب زيلعي (قوله وهي مكاتبة كلها له) وعليها كل بدل الكتابة عند الجمهور لان الانفساخ لضرورة التملك تكميلا للاستيلاد فلا يظهر فيما وراء الضرورة وقال ابو منصور الماتريدي عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة زيلعي (قوله وعليه نصف قيمتها) مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه في حال كتابتها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك وقيمة المكاتب على النصف من قيمة القن لانه حر يدا اذا بقيت الرقبة شرنبلالية عن الفتح وفي المحيط اختلاف على قولهما قيل يضمن نصف قيمتها قنة ويضمن نصف عقرها الساكت ونصفه للمكاتبة وقيل يضمن نصف قيمتها مكاتبة والاول اصح حموي عن المقدسي (قوله وعند محمد عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) وعلى هذا فمعنى ما سبق من قول المصنف والشارح فعجزت عن الاداء أي اداء كل البدل بعد ان ادت بعضه واعلم ان الزيلعي وغيره كصاحب الهداية عللا لمذهب محمد بقوله لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار التجزعن الاداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب اه وفيه تأمل لانه صريح في ان الواجب هو الاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فينافيه ما سبق من ان عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة فليحرر وقد يجاب بأن المراد من نصف بدل الكتابة نصف ما بقي منه (قوله من نصف القيمة) من بيانية شيخنا (قوله ومن نصف ما بقي) أي نصف هو ما بقي شيخنا (قوله ولا يثبت الخ) لان وطئه صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه زيلعي (قوله بطل التدبير الخ) بالاجماع اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر كلها ام ولد للاول وان الثاني لم يكن له فيها ملك والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة (قوله والولد للاول) هذا وان استفيد من قوله وهي ام ولد الاول الا انه لا يعد معه تكرارا اذ ذاك بالنظر لذات الامة وهذا بالنظر لذات الاولاد ولو أبدله بقوله وتم الاستيلاد للاول لكان أولى اذ قوله والولد للاول يوهم كون الثاني وطئ وادعى والفرض خلافه (قوله فعجزت) أما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند الامام لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا و يستسعي العبد ان كان معسرا حموي لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار (قوله ضمن لشريكه الخ) يعني اذا اختار الشريك تضمينه وان شاء اعتق أو استسعى شرنبلالية (قوله ورجع به عليها) لانه قام مقام الساكت شرنبلالية (قوله وعندهما لا يرجع) لانه ضمن حصة شريكه باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما شرنبلالية (قوله نصف قيمته مدبرا) لان الاعتاق صادفه مدبرا وهو ثلثا قيمته قنا لان المنافع ثلاثة بيع وشبهه واستخدام وشبهه واعتاق وتوابعه وفات البيع فيسقط الثلث ولا يملكه بالضمان اذ لا يقبل النقل كما لو غصب مدبرا وأبق ضمن قيمته حموي عن الرمز (قوله ولكنه ان شاء اعتق وان شاء استسعى) فتخيير المدبر بكسر الباء بين الاعتاق والاستسعاء ثابت له في الصورتين اعني ما اذا دبره أحدهما ثم حرره الآخر او كان بالعكس وهي الصورة التي ذكرها المصنف

بعدها

وهي مكاتبة كلها له وعليه نصف قيمتها
لشريكه عند أبي يوسف وعند محمد عليه
الاقل من نصف القيمة ومن نصف
ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت النسب
للولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد
حرا بالقيمة ويغرم العقر لها (وان دبر)
الامة الشريك (الثاني ولم يطأها
فعجزت بطل التدبير) عندهم (وهي
أم ولد للاول وضمن) المستولد الاول
(لشريكه) وهو الذي دبرها (نصف
قيمتها ونصف عقرها والولد للاول)
وان دبرها الاول صح في حظه عند أبي
حنيفة وعندهما صح في الكل
ويضمن نصيب الشريك موسرا أو
معسرا (وان كاتباها فحررها
أحدهما) حال كون المعتق (موسرا
فعجزت ضمن) المعتق (لشريكه
نصف قيمتها ورجع به) أي بما أدى
(عليها) عند أبي حنيفة وعندهما
لا يرجع (عبد لهما دبره أحدهما ثم
حرره الآخر) حال كون المحرر
(موسرا المدبر ان يضمن المعتق نصف
قيمته) مدبرا وان شاء أعتق وان شاء
استسعى (وان حرره أحدهما ثم دبره
الآخر لا يضمن) المدبر (المعتق)
ولكنه ان شاء أعتق وان شاء
استسعى وهذا عند أبي حنيفة
وعندهما ان دبر أحدهما أولا صار
كله مدبرا وملك نصيب صاحبه

بعدها بقوله وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر بخلاف تضمين المدبر المعتق فانه خاص بالصورة الاولى ولهذا نفاه في الصورة الثانية بقوله لا يضمن المدبر المعتق (قوله فبطل تحرير الآخر) لان التدبير لا يتجزأ عندهما فتملك نصيب صاحبه بالتدبير (قوله موسرا كان او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار (قوله و بطل تدبير الآخر) لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما (قوله ان كان معسرا) لان هذا ضمان اعتاق فيختلف بالاعسار واليسار

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله اى قسط) استعمال النجم بمعنى القسط مجاز عن استعماله بمعنى الوقت واستعماله بمعنى الوقت مجاز عن استعماله بمعنى الطالع فحينئذ يكون استعماله بمعنى القسط مجازا بمرتبتين حموى (قوله اى يرجى وصوله) فيه ان هذه الصيغة لا تفيد معنى الرجاء حموى (قوله الى ثلاثة أيام) لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء والتأخير الى ثلاثة ايام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر على ان يكون من باب التعجيل دون التأخير نظرا لهما واظهارا للعذر كما في شرط الخيار وقصص الاخبار كذا في الزيلعي وقوله وقصص الاخبار بيانه ان الخضر قال لموسى بعد الثالثة هذا فراق بيني و بينك وقوله على ان يكون من باب التعجيل لان اليومين والثلاثة لا بد منها لامكان الاداء وليس بتأخير وقوله كامهال الخصم للدفع اى دفع الدعوى بيانه ان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة فانه لا يؤخر أكثر من ثلاثة ايام كما في العناية ومعنى ابلاء الاعذار اختبار أصحاب الاعذار وقوله والمدين للقضاء بالجر والتقدير وكامهال المدين الخ يعنى اذا اثبت على رجل دينا فقال المدعى عليه امهلنى للقضاء اى لاقضيك دينك يمهل الى ثلاثة ايام لا زائد عليها والكلام فى غير المعسر اما هو فيمهل الى الميسرة (قوله عجزه الحاكم) لم يقل القاضى ليشمل المحكم لان حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص اذا كان له اهلية القضاء حموى عن البناية (قوله وما فى يده لسيده) أى من الاكساب اذ ظهر انه كسب عبده درر (قوله لانه فى حال الكتابة مرقوق) لانه عبد ما بقى عليه درهم لان شرط عتقه اداء كل البدل وقوله فى الدرر عاد رقه على حذف مضاف اى احكام رقه واعلم ان المكاتب كامل الرق ناقص الملك بخلاف المدبر وام الولد فانهما على العكس وثمرة هذا تظهر فى الاعتاق عن الكفارة فاعتاق المكاتب يجزيه عنها لكونه كامل الرق بخلاف المدبر وام الولد وتظهر أيضا فى قوله كل مملوك لى حر حيث لا يعتق مكاتبه لكونه حرا يدا بخلاف المدبر وام الولد (قوله وعند ابى يوسف الخ) قال فخر الاسلام على البزدوى وقول ابى يوسف استحسان يصار اليه تيسيرا على العبد شيخنا عن الاتقانى (قوله حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ما روى عن ابن عمر أن مكاتبا له عجز عن نجم فرده فى الرق والمروى عن على يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه زيلعى (قوله ينفرد المولى الخ) كما اذا وجد المشترى فى المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وانما العبد بعد العقد صار فى يده اى فى يد نفسه فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بد من القضاء او رضا تبيين (قوله وله مال لم تفسخ) قيد به لانه لو مات ولا مال له تنفسخ كتابته حتى لو تطوع أحد باداء بدل الكتابة لا يقبل منه وهذا قول الاسكاف وقال أبو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بالعجز والفسخ حتى لو تطوع باداء البدل قبل القضاء بالفسخ جاز وعتق حموى عن المنصورية (قوله فى آخر جزء من اجزاء حياته) هذا قول الجمهور وذهب بعضهم الى انه يعتق بعد الموت بأن يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا مالكا معتقا كذا فى الكافى

فبطل تحرير الآخر فيضمن نصف قيمته قنا موسرا كان أو معسرا وعندهما ان اعتق أحدهما نصيبه أولا عتق كله و بطل تدبير الآخر ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا و يسعى العبد فى ذلك ان كان معسرا *(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)* مكاتب عجز عن نجم) أى قسط ووظيفة من وظائف بدل الكتابة (و) قد كان (له مال سيصل) اى يرجى وصوله اليه بأن كان دينا يقبضه أو مالا يقدم عليه (لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام والا) أى وان لم يكن له مال سيصل اليه وطلب المولى تعجيزه (عجزه) الحاكم (وفسخها) أى فسخ الحاكم الكتابة (أو) فسخها (سيده برضاه) أى برضا العبد (وعاد أحكام الرق وما فى يده لسيده) وانما لم يقل عاد فى الرق لانه فى حال الكتابة مرقوق أيضا هذا عندهما وعند أبى يوسف لا يفسخ ولا يعجزه ولا يرد فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا العبد (وان مات) المكاتب (وله مال لم تفسخ الكتابة وتؤدى كتابته) أى بدل الكتابة (من ماله وحكم بعتقه فى آخر) جزء من أجزاء (حياته) وما بقى

واعلم ان سياق قول المصنف وان مات وله مال لم تفسخ وتؤدى كتابته من ماله الخ يقتضى انه لا يحكم له بالعتق قبل الاداء حموى عن البناية والاختيار قال وفى الينابيع انه يعتق قبل موته ولا يتوقف على الاداء الخ (قوله فهو ميراث لورثته) قال الزيلعى ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حرا وولدا فى الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ورثوه اه ويخالفه ما فى الخانية حيث قال وان ترك المكاتب ولدا حرا وولدا كان مكاتبا معه كتابة واحدة وولدا اشتراه فى كتابته وقد ترك المكاتب وفاء كان ميراثه لولده المكاتب اه قال شيخنا يعنى المكاتب معه كتابة واحدة والمشترى (قوله و يعتق اولاده الذين ولدوا من امته أو اشتراهم) كان ينبغى ان يزاد عتق ابنه فيما اذا كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بكتابة واحدة فان كلا منهم يتبعه فى الكتابة و بعتقه عتقوا كما فى الدرر لكن اعترض عزمى زاده على ما ذكره من التعليل بالتبعية بالنسبة للصورة الاخيرة قال والصواب ما قاله الزيلعى من انه اذا حكم بعتق أحدهما فى وقت حكم بعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد الخ لا يقال قوله و يعتق أولاده الذين ولدوا من امته مشكل لتصريحهم بأن المكاتب لا يجوز له التسرى لانا نقول عدم جواز التسرى لا ينافى ثبوت نسب الولد اذا وطئها فولدت فادعاه كما سبق معزيا للشرنبلالية (قوله وهو قول الشافعى) له ان العقد لو بقى لبقى لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد زيلعى (قوله ولد فى كتابته) لا قبلها در (قوله اى لم يترك ما لا يفى الخ) يشير الى ان العطف بحسب المعنى حموى (قوله على نجومه) لان المولود فى الكتابة يتكاتب تبعا لابيه وكان التأجيل ثابتا لابيه فلا يسقط التأجيل بموته بخلاف الحر اذا مات وعليه دين مؤجل يحل لان حق التأجيل لم يثبت للوارث حموى (قوله حكم بعتقه الخ) لانه داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء فصار كما اذا ترك وفاء درر (قوله ولو اشترى المكاتب ولدا الخ) كذا فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وفى نسخة اخرى ولو اشترى المكاتب ولده بالاضافة الى الضمير قال وفى هذا المزج خلل وكان حقه ان يقول ولو مات وترك ولدا الخ ووجه الخلل ما يقتضيه مزجه من كون المراد بالولد فى قول المصنف وترك ولدا مشترى غير ما اشتراه لكونه نكرة (قوله فقط) أى دون وفاء أخذا من قول المصنف بعد فان اشترى ابنه فمات وترك وفاء حموى (قوله عجل الولد البدل الخ) لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا عينى وفى التقييد بالولد اشارة الى ان الوالدين ليسا كالولد فيباعان كسائر اكسابه وهذا عند ابى حنيفة وعندهما اذا مات المكاتب وترك ولدا مشترى او ابا او اما يسعى على نجوم المكاتب كالولد المولود فى الكتابة شرنبلالية عن مختصر الظهيرية ونقل بعضهم عن الخانية ان ذا الرحم كذلك اه بقى ان يقال ما ذكره الشرنبلالى من ان الاب او الام يسعى على نجوم المكاتب عندهما مخالف لما فى الدر حيث قال واما الابوان فيردان للرق كما مات وقالا ان اديا حالا عتقا والالا اه (قوله وعندهما يؤديه على نجوم أبيه) كالمولود فى الكتابة وبه قال مالك عينى (قوله وكذا لو كان هو وابنه الخ) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد العقد اما اذا كان الابن مكاتبا بعقد على حدة لم يرث الابن منه شيئا لانه لا يعتق بعتق ابيه بل يعتق بادائه فيتأخر عتقه عن عتق ابيه فلا يرث لان الرق مانع من الارث كالكفر حموى عن غاية البيان وقوله فيتأخر عتقه الخ يشير الى انه اذا ادى الابن قبل ابيه لا مانع من ارثه منه حينئذ (قوله من حرة) أى معتقة درر والقرينة على ذلك قوله الآتى فقضى به على عاقلة الام (قوله لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر الكتابة لانها تقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا درر وتذكير الضمير فى حكمه مع ان مرجع الضمير وهو الكتابة مؤنث نظرا الى عقدها واذا انجر الولاء لقوم الاب فلموالى الام الرجوع عليهم بما عقلوا الاعلى ولى الجناية كذا نقله بعضهم عن الطورى والديرى وأقول ذكر شيخنا ما نصه واذا انجر الولاء لقوم الاب فلا رجوع

فهو ميراث لورثتـــه و يعتق أولاده
الذين ولدوا من أمته أو اشتراهم فى حال
الكتابة وهو قول على وابن مسعود وبه
أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ
الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك
لولاه وهو قول الشافعى (وان مات)
المكاتب (وترك ولدا ولد فى كتابته
ولا وفاء) عطف على قوله ولدا أى لم
يترك مالا يفى ببدل الكتابة (سعى)
الولد (كابيه فى كتابته على نجومه فاذا
أدى حكم بعتقـــه) أى بعتق الولد
(وعتق أبيه قبل موته ولو) اشترى
المكاتب ولدا ثم مات و(ترك ولدا
مشترى) فقط (عجل) الولد (البدل
حالا أو رد) الولد (رقيقا) عند أبى
حنيفة وعندهما يؤديه على نجوم أبيه
(فان اشترى) المكاتب (ابنه فمات)
أى المكاتب (وترك وفاء ورثه ابنه)
أى ورث ما بقى من بدل الكتابة
(وكذا) يرث ابنه منـــه (لو كان هو
وابنه مكاتبين كتابة واحدة ولو) مات
المكاتب و(ترك ولدا) كائنا (من حرة
و) ترك (دينا) على الناس (وفيه
وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به) أى
بأرش الجناية (على عاقلة الام لم يكن
ذلك) القضاء (قضاء بعجز المكاتب)
وفسخها اقيد بالدين

لعاقلة الام عـلى عاقلة الاب لان الولاء انمـا يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان اعتاقه اهـ وصرح فى الدر بعدم الرجوع ثم رأيت فى الزيلعى من كتاب الولاء مانصـه وفى الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا وجنى الاولاد فعقلهم عـلى موالى الام لانهم عتقوا تبعا لامهـم ولا عاقلة لابيهـم ولا موالى فالحقوا بموالى الام كما فى ولد الملاعنة وان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه ولا يرجعون على عاقلة الاب بمـا عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب وفى الولاء حين عقل قوم الام كان الولاء ثابتا لهم وانمـا يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق يقتصر فلا يرجعون به اهـ ثم انى راجعت تكملة فتح القدير للديرى فرأيته نقـل عن الدراية فى الرجوع وعدمه تفصيلا فقال ثم فى مسئلة الارش اذا ظهر للولد ولاء من قبل الاب عند أداء البدل فموالى الام لا يرجعون بمـا عقلوا من جنـاية الولد فى حياة المكاتب عـلى موالى الاب لانه انمـا حكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حيـاته فلا يستند عتقه الى أول عقد الكتابة اما لو عقلوا عن جنايته بعد موت الاب قبل اداء البدل رجعوا لان عتق الاب استند الى حال حياته الخ (قوله لانه لو ترك عينا) يعنى تفى بالبـدل بدليل التعليل بامكان الوفاء فى الحال (قوله اذ يمكن الوفاء فى الحال) أى وفاء بدل الكتابة من العين فيظهر انه مات حرا فيكون ولاء ولده لموالى أبيه (قوله وان اختصم موالى الام الخ) يعنى مات ولد المكاتب بعد موت أبيه فقال موالى الام مات المكاتب رقيقا والولاء لنـا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا عناية (قوله فهو قضاء بالعجز والفسخ) لان معنى القضاء بكون ولاء الولد لموالى الام ان الاب مات رقيقا وانفسخ الكتابة فيكون القضاء فى مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة درر فان الكتابة تنفسخ عند الشافعى بموت المكاتب قبل الاداء وان ترك مايفى بالبدل وأشـار بقوله فيكون القضـاء فى مجتهد فيه الخ الى الجواب عمـا قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفى صيانته بطلان ماتجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين ارجح وأجيب بان صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ماهو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة فى بقائها عنـاية (قوله طاب لسيده) بالاجمـاع لان تبدل الملك كتبدل العين كما طاب ما أخذه الفقير صدقة ثم استغنى أو تركه لوارثه الغنى وما أخذه ابن السبيل ثم وصـل الى ماله ولو لم يتبدل الملك كما اذا أباح الفقير للغنى أو الهـاشمى ما اخذه من الزكاة لا يحل أو اباح ما اشتراه فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ثم نبه لا لدلالة عن التبيين وهنا اشكال وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فانى يتحقق تبدل الملك وأجيب بان تبدل ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ملك ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له يد قبل العجز وحصل به فكانه تبدل عناية (قوله فكذلك يطيب وان كان غنيا عند محمد بلا اشكال) لان المكاتب عنده اذا عجز يملك المولى مافى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ وانمـا كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما فى العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لمـا ذكرنا ان المحرم هو ابتداء الاخذ زيلعى (قوله دفع أو فدى) لانه لمـا كاتبه ولم يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالكتابة من غير علم وامتنع الدفع فاذا عجز زال المـانع فيتخير عينى (قوله أو قيمته) كذا فى النسخ التى وقفت عليها والصواب أو الارش الى ولى الجناية شيخنا (قوله وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) لانه لمـا عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء وقبل العجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة

لانه لو ترك عينا لا يتأتى القضـاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء فى الحال كذا فى شرح السيد (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه) أى ولاء ولد المكاتب (فقضى به) أى بالولاء (لموالى الام فهو) (قضاء) القضـاء بالولاء لموالى الام (بالعجـز) والفسخ (وما أدى المكاتب) الى مولاه (من الصدقات) والمولى ممن لا تحـل له الصدقة (وعجز) العبد (طاب لسيده) هذا اذا عجز بعد ادائه الى المولى فلو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك يطيب وان كان غنيا عند محمد وكذا فى الصحيح من مذهب أبى يوسف (وان جنى عبد فكاتبه سيده) حال كون السيد (جاهلا بها) أى بالجناية (دفع أو فدى) أى دفع المولى نفس العبد أو قيمته الى ولى الجناية وانما قيد بقوله جاهلا لانه لو كان عالما بها عند الكتابة يصير مختارا للفداء (وكذا) دفع أو فدى (ان جنى مكاتب ولم يقض به) أى بارش الجناية على المكاتب (فعجز) أى عن الاداء (فان قضى به) أى بارش الجناية (عليه فى) حال (كتابته فعجز) المكاتب عن الاداء (فهو) أى قدر قيمته (دين) على المكاتب اذا كان ارش الجناية أكثر وان كان أقل فارش الجناية دين (بيع)

وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب الا ترى ان جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من القيمة ومن الارش لانه أحق بكسبهما زيلعي ولو مات المكاتب وعليه دين وجناية وبدل كتابة ومهر امرأة تزوجها بغير اذن المولى بدئ بالدين ثم بالجناية ثم ببدل الكتابة ثم بالمهر الاقوى فالاقوى حموى عن الخزانة (قوله بيع فيه) لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء درر قال المولى عزمي وهذا موافق لما في الهداية والكافي ومبناه أن يكون الحكم الاصلي لجناية المكاتب جناية خطأ وجوب القيمة وما في المبسوط هو أن يكون الواجب سعي العبد في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كما نبه عليه في العناية (قوله بيع أيضا) لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبها القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما صار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ زيلعي باختصار (قوله لم تنفسخ الكتابة) لئلا يبطل حق المكاتب حموى (قوله ويؤدّي المال الى ورثته على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة لكن الورثة يخلفونه في الاستيفاء درر وهذا اذا كاتبه وهو صحيح فلو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث فيؤدّي ثلثي البدل حالا والباقي على نجومه شرنبلالية عن التبيين ولو كان للمولى وصي وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي وان لم يكن عليه دين ويعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال المكاتب لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه اوصل الحق الى مستحقه زيلعي لكن في عدم عتقه بقبض الوارث اذا لم يكن الدين مستغرقا نظر ففي غاية البيان اذا كان الدين محيطا بماله يمنع انتقاله الى الوارث فتقييد الدين بالمحيط يفيد ان غير المحيط لا يمنع انتقاله الى الوارث فحينئذ يعتق بقبض الوارث فتدبر (قوله والقياس انه لا يعتق) لعدم ملكهم عيني وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته كما اذا ابرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى لو اعتقوه متفرقا لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الاول درر (قوله لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضي للابراء بطل المقتضى أيضا بخلاف اعتاق الجميع عيني والله أعلم

(كتاب الولاء)

(قوله هو من آثار العتق الخ) أي الولاء باعتبار أحد نوعيه لا مطلقا حموى (قوله فيتلوه) لانه اثره والاثر يكون بعد المؤثر من غير فصل ولم يذكره عقب كتاب العتق ليكون واقعا عقب سائر أنواع العتق فان الكتابة من اسبابه (قوله ثم هو مأخوذ من الولي الخ) أي لغة واما شرعا فقرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة غرر (قوله ومنه) أي من الولاء بمعنى القرابة الحكمية حموى ومقتضاه ان زيادة قوله حكمية حاصلة من العتق أو النسب من كلام الشارح لكن ذكر شيخنا ان هذه الزيادة ليست من الشارح (قوله لحمة كلحمة النسب) اختلف في ضم اللحمة وفتحها فقيل في النسب بالضم وفي الثوب بالضم أو الفتح وقيل في الثوب والنسب بالفتح وأما بالضم فهو ما يصاد به الصيد ومعنى الحديث المخالطة في الولاء وانها تجري مجرى النسب في الميراث كما تخالط اللحمة سداء الثوب حتى يصيرا كالشيء الواحد لما بينهما من المداخلة الشديدة حموى عن نهاية ابن الاثير (قوله وقيل الولاء الخ) مقابل لما تقدم من ان الولاء

المكاتب (ق ه) أي في حق قدر قيمته الآن يقضي المولى عنه هذا عندهما وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول وهو قول زفر اذا عجز قبل القضاء يبيع أيضا (وان مات السيد لم تفسخ الكتابة ويؤدي) المكاتب (المال الى ورثته على نجومه وان حرروه عتق مجانا) والقياس أن لا يعتق (وان حرر البعض لم ينفذ عتقه) وقال الشافعي عتقه صحيح

(كتاب الولاء)

هو من آثار العتق فيتلوه ثم هو مأخوذ من الولي بمعنى القرب يقال بينهما ولاء أي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب أي وصلة كوصلة النسب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة

يعني القرابة حموي (قوله وحصول الثاني بعد الاول) المراد بالثاني الولاء وبالاول العتق شيخنا (قوله فسمي باسم الولاء) أي سمي الاثر الحاصل من العتق بالولاء لوجود معنى الولاء فيه حموي (قوله وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور) لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق زيلعي لان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق عناية (قوله والاصح ان سببه العتق على ملكه) لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافي أن يكون العتق على المالك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب زيلعي أو ان القصر في الحديث اضافي حموي عن المقدسي فيكون المعنى الولاء لمن اعتق لا لمن شرطه لنفسه من بائعه ونحوه كواهب وموص (قوله تجري بين اثنين) التقييد بالاثنين هل قيد اتفاقي أو احترازي حموي (قوله الولاء لمن اعتق) ولو المعتق ذمة ادرس الزيلعي لانهم يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد أسباب الارث اه (قوله ولو بتدبير الخ) وردان الولاء بالتدبير والاستيلاد كيف يكون للمولى مع انهما انما يعتقان بعد موته وأجيب بأنه يتصور فيما اذا ارتد المولى ولحق بدار الحرب حتى حكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فمات مدبره وام ولده فالولاء له والاحسن أن يقال المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب ثبوته للمولى فانه المستحق له وسبب العتق منه ثم يسري منه الى عصبته درر يعني المتعصبين بأنفسهم كما في الشرنبلالية قال ويتفرع على قوله فانه المستحق له قضاء ديونه ونحوها اه وأراد بنحوها تنفيذ وصاياه كما في الدر (تتمة) قال الزيلعي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه واعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل الوصي اليه (قوله وملك قريب) فان كلا منها يعني التدبير والكتابة والاستيلاد وملك القريب اعتاق يثبت به الولاء درر قال في الشرنبلالية وفيه تسامح لان بملك القريب يحصل العتق بلا اعتاق وكذا الاستيلاد اه (قوله هذا اذا لم يكن المعتق حربيا الخ) الظاهر أن يقرأ المعتق بصيغة اسم الفاعل بكسر التاء دل عليه قوله وأما اذا اعتق حربي الخ لكن يرد عليه المسلم اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب فانه لا ولاء له عليه عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقول محمد مضطرب شرنبلالية عن البدائع (قوله عبدا حربيا في دار الحرب) قيد العبد بكونه حربيا لانه لو كان مسلما أو ذميا صح اعتاقه بالاجماع والولاء له لانه لا يسترق حموي عن البدائع والتقييد بكونه في دار الحرب لانه لو اعتقه في دار الاسلام صح (قوله فلا ولاء له عندهما) وله أن يوالي غيره عند ابي حنيفة لانه ما عتق بالقول وبالتخلية صح العتق في حق زوال الملك لكنه لم يتم في حق زوال الرق لان كون الحربي في داره سبب لرقه ولو سبي ملكه من سباه بما قالته بوله التملك حموي وطوري (قوله فالشرط باطل) لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرثه درر (قوله ولا ينتقل ولاء الحمل الخ) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها والولاء لا ينتقل عن المعتق زيلعي وعلى هذا اذا أعتق الرجل امة وولدها عتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاء الابن لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا عناية قال في تكملة فتح القدير للديري بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لموالى الاب لان الحمل لا يقبل هذا الولاء قصدا لان تمامه بالايجاب والقبول والجنين ليس من أهله الخ (قوله وهذا اذا ولدت لاقل الخ) كذا لو ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والآخر لاكثر منه وبينهما أقل من نصف حول ضرورة كونهما توءمين تنوير وشرحه (قوله لاكثر من ستة اشهر) لو قال لستة اشهر أو أكثر منها كما في الدرر والشرنبلالية لكان أولى (قوله فان عتق العبد) أي قبل موت الابن

وحصول الثاني بعد الاول بغير فصل واستحقاق الارث والنصرة يثبت بعد العتق هنا فسمي باسم الولاء ثم علم ان الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور والاصح ان سببه العتق على ملكه وولاء الموالاة وسببه العقد الذي يجري بين اثنين (الولاء لمن أعتق ولو) كان العتق (بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) بان ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه مطلقا سواء كان بمال أو بغير مال هذا اذا لم يكن المعتق حربيا أما اذا أعتق حربي عبدا حربيا في دار الحرب وخلاه أي خرج من داره الى المسلمين ثم خرجا مسلمين فلا ولاء له عندهما وعند أبي يوسف الولاء له ثم المعتق لا يرث من المعتق وقال الحسن يرث (وشرط السائبة لغو) حتى لو أعتق وشرط ان لا ولاء بينهما فالشرط باطل والولاء لمن أعتق (ولو أعتق) رجل أمة (حاملا من زوجها العبد) لرجل آخر عتقت وعتق حملها (ولا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الام) الى موالي الاب (أبدا) وهذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام فان عتق العبد) في هذه المسألة

أما بعده فلا جر حلبى (قوله جر ولاء ابنه الى مواليه) لان الولاء كالنسب والاصل فيه أن يكون للاب الا انه تعذر لرقه فاذا صار أهلا بالاعتاق عاد اليه ولم يتيقن بوجوده حال اعتاق امه حتى يكون مقصودا هذا اذا لم تلد لان معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق قبل الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فان قيل الولاء كالنسب وهو لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته قلنا لم ينفسخ بل حدث ولاء اقوى منه فقدم عليه كما قيل الاخ عصبة فاذا حدث من هو أولى منه بالارث لا يبطل تعصيبه ولكنه يقدم عليه ولا يجر الجد ولاء حافده لمواليه ولا يكون مسلما باسلامه لفصل الاب بينهما فلا يتبع الجد فيهما والا لما ثبت لموالى الام رأسا ولصار الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام والمعلوم خلافه حموى والاصل فى جر الولاء ان الزبير ابصر فتية بكسر الفاء جمع فتى لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة فاشترى الزبير اباهم فأعتقه ثم قال انتسبوا الى قال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان فقضى بالولاء للزبير وفى هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام مالم يظهر له ولاء من قبل ابيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه زيلعى واللعس لون الشفة اذا كانت تضرب الى السواد قليلا وذلك يستملح يقال شفة لعساء وفتية ونسوة لعس وربما قال نبات العس اذا كثر وكثف لانه حينئذ يضرب الى السواد والظرف الكياسة وقد ظرف الرجل بالضم ظرافة فهو ظريف وقوم ظرفاء وظراف شيخنا عن الصحاح والكيس بوزن الكيل ضد الحمق والرجل كيس أى ظريف وبابه باع شيخنا عن المختار وخديج بفتح المعجمة وكسر الدال الحارثى الانصارى ذكره الشاوى والحرقة بضم الحاء المهملة وفتح الراء والقاف لقب لبطن من جهينة شيخنا عن خط الزيلعى (قوله سواء كانت للعرب أو للعجم) وماذكره القدورى من وضع الخلاف فى معتقة العرب اتفاقى تبيين (قوله وعند ابى يوسف حكمه حكم ابيه) لان النسب الى الاب كما اذا كان عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف لتضييعهم أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة بالنسب بينهم والضعيف لا يعارض القوى بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل لكون تناصرهم بها أى بالانساب فأغنت عن الولاء وأجمعوا انهما لو كانا معتقين أو كان الاب معتقا وللام مولى موالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين أو عجميين أو كان احدهما عجميا والآخر عربيا زيلعى ودرر ومعنى قوله اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبر ونها فى الكفاءة فمن له أب واحد فى الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها عناية (قوله ومعتق امه) أوعصبته كذا بخط شيخنا (قوله لا لمعتق امه) اذ لا ولاء عليه لموالى الام عند ابى يوسف كذا بخط شيخنا (قوله اذا لم يترك عصبة) أى نسبية كذا بخط شيخنا (قوله يكون منسوبا الى موالى الام بالاتفاق) اعلم ان الام ان كانت حرة أصلية بمعنى عدم الرق فى أصلها فلا ولاء على ولدها كما فى الدرر والحاصل ان الصور خمس اربعة منها على الوفاق والخامسة على الخلاف الاولى حران اصليان لم يكن فى نسبهما رقيق لا ولاء على ولدهما الثانية معتقان أو فى اصلهما معتق الولاء لقوم الاب الثالثة الاب معتق أو فى اصله رق والام حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها عربية كانت أولا لا ولاء على الولد لقوم الاب الرابعة الام معتقة والاب حر الاصل أى لم يكن معتقا ولا فى اصله رق فان عربيا فلا ولاء على ولده لقوم الام وان لم يكن عربيا وهى الخامسة المختلف فيها فعند ابى حنيفة ومحمد الولاء لقوم الام وعند ابى يوسف لا ولاء عليه (تتمة) ذكر فى تنوير الابصار من باب الولى انه البالغ العاقل الوارث قال شيخنا تقييده بالوارث يخرج مانبه عليه صاحب الدرر من ان الام اذا كانت حرة اصلية فلا ولاء على ولدها وعليه فمعتق الاب أو عصبته لا يلى انكاحها وتليه امها مع وجوده اه (قوله مقدم على ذوى الارحام

(عجمى) حر (جر ولاء ابنه الى مواليه) سواء لم يعتقه أحد (تزوج معتقة) سواء كانت كانت للعرب أو للعجم وسواء كانت عربية أو عجمية (وولدت) منه ولدا (فولاء ولدها لمواليها وان كان له) أى للعجمى (ولاء الموالاة) بأن والى رجلا عندهما وعند أبى يوسف حكمه حكم أبيه حتى لو ترك هذا الولد عمة وخالة ومعتق أمه فميراثه لوارثه عنده لا لمعتق أمه وعندهما للمعتق اذا لم يترك عصبة بطريق الولاء وانما قيد بالعجمى لانه لو كان عربيا كان الولد منسوبا الى قوم أبيه والتقييد بالحر اشارة الى انه لو كان الاب عبدا يكون منسوبا الى موالى الام بالاتفاق (والمعتق مقدم) فى الارث (على ذوى الارحام) حتى لو أعتق رجل عبده ثم مات المعتق وترك المعتق وخالته أو عمته أو نحوهما فميراث المعتق دون الخالة والعمة ونحوهما (و) المعتق

الارحام) وعلى الرد على ذوى السهام كما سيذكره كذا بخط شيخنا واراد به ما سيأتى من قول الشارح فان كان هناك صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه أى فللمعتق الباقى بعد فرضه وحيث كان هذا الحكم اعنى كون المعتق مقدما على الرد على ذوى السهام مصرحا به فى كلام الشارح فعزوه للزيلعى حينئذ كما وقع فى كلام بعضهم غير مستحسن (قوله مؤخر عن العصبة النسبية) عملا بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فجعلنا العصبة السببية مثل النسبية عند عدمها فتتقدم العصبة السببية على من تتقدم عليه العصبة النسبية وتتأخر عمن تتأخر عنه العصبة نسبين (قوله وليس للنساء الخ) اثبت هنا الولاء للنساء فيما اعتقن ونفاه عنهن فيمن اعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن أعتقه مورثهن لان الولاء لا يجرى فيه الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق عمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث الاترى ان النساء لا يدخلن فى العاقلة ليتحملن الدية كما تتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه الاقرب فى العصوبة وفى الاولى خلاف لابى يوسف فانه يعطى للاب السدس والباقى للابن وفى الثانية خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة بكسر التاء دون اخيها وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية معتقها بفتح التاء كجنايتها فيكون عليهم اى فيكون العقل على قوم ابيها وابن المعتقة بكسر التاء ليس من قوم ابيها وروى ان على بن ابى طالب والزبير بن العوام اختصما الى عثمان فى معتق صفية بفتح التاء بنت عبد المطلب حين مات فقال على هو مولى عمتى فانا احق بارثه لانى اعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى امى فأنا ارثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء للزبير وبالعقل على على ولو ترك المعتق بفتح التاء ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلى وابن مسعود انهم قالوا الولاء للكبر اى لا كبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا زيلعى الاترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما فى القرب الى الميت من حيث النسب والصلبى اقرب فيستحق الجميع عناية والكبر بضم الكاف وسكون الباء قال الجوهرى وفى الحديث الولاء للكبر وهو ان يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اهـ بقى ان يقال ماسبق من قول المصنف وليس للنساء من الولاء الخ قال فى الهداية بهذا اللفظ ورد الحديث عنه عليه السلام وفى آخره او جر ولاء معتقهن وتعقبه العينى بانه حديث منكر لا اصل له (تتمة) مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لها فى ظاهر الرواية ويوضع ماله فى بيت المال وبعض مشايخنا افتى بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وكذا البنت والابن من الرضاع كذا فى النهاية قال فى الدر وجرى عليه فى الاشباه واقره المصنف انتهى بتصرف وذكر القهستانى مانصه وعن نجم الائمة ان ذوى الارحام يرثون فى زمننا اذا لم يكن للمعتق وارث كما فى المنية اهـ (قوله الا ما اعتقن الخ) عبر بما الموضوعة لما لا يعقل لان الرقيق بمنزلة الميت الملحق بالجماد نظيره قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وبعد عتقه عبر بمن فى او اعتق من اعتقن لانه صار بالعتق حيا حكما دررى فى التكملة (قوله او جر ولاء معتقهن) بأن زوجت عبدها بمعتقة قوم فولاء ولده لموالى امه فلو اعتقت عبدها جر ولاء ابنه الى مولاته والله سبحانه وتعالى اعلم

(فصل فى ولاء الموالاة) من والاه موالاة وولاء بمعنى تابعه هذا معناه لغة وشرعا ان يقول رجل غريب ليس لى عشيرة ولا ناصر فانضم اليك والى عشيرتك حتى اعد من جماعتك فتنصرنى وتدفع عنى نوائبى وان مت كان ميراثى لك فينعقد بينهما عقد موالاة ويكون بمنزلة الموصى له بجميع المال ينفذ ايصاؤه اذا لم يكن له وارث حموى عن شرح الاسبيجابى وقوله ويكون بمنزلة الموصى له بجميع المال الخ

(مؤخر عن العصبة النسبية) حتى لو أعتق رجل عبده فمات المعتق وترك ابنا أو أخا أو عصبة غيرهما وترك المعتق يرث الابن أو الاخ دون المعتق وان لم يكن له عصبة من النسب فان كان هناك صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه وان لم يكن صاحب فرض فميراثه للمعتق قوله عن العصبة النسبية احترازا عن العصبة السببية وهو مولى الموالاة فان المعتق مقدم عليه (فان مات المولى) بعد الاعتاق (ثم) مات (المعتق) ولم يترك صاحب فرض ولا عصبة (فميراثه لاقرب عصبة المولى) اى بان مات المولى وترك ابنا وأبا يكون ميراثه للابن دون الاب عندهما وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن (وليس للنساء من الولاء الا) ولاء (ما اعتقن) بان اعتقت امرأة عبدا ثم مات ولم يترك صاحب فرض وعصبة نسبية (أو اعتق من اعتقن) بان أعتقت امرأة عبدا ثم أعتق معتقها عبدا فمات العبد المعتق ثم مات العبد المعتق وتركها فحسب فانها ترث من معتق معتقها (أو) ولاء (من كاتبن أو كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن) أو جر ولاء معتقهن

(فصل فى ولاء الموالاة)

يقتضي ثبوت الارث بالموالاة وان اختلف الدين وفى الدرر ما يخالفه ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره فى العقد وان يكون مجهول النسب وان لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا عاقلا ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير او مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى كذا فى الزيلعي ومن الشروط ان لا يكون عقل عنه بيت المال كما فى الدر واعلم ان اشتراط كونه مجهول النسب يغنى عما ذكره الزيلعي وغيره من شرط ان لا يكون الاسفل عربيا لان العرب انسابهم معلومة بقى ان يقال ما حكاه الزيلعي عن بعضهم من عدم اشتراط كونه مجهول النسب يتخرج عليه ما فى الظهيرية اسلم رجل على يد رجل ووالاه وله ابن كبير اسلم على يد رجل آخر ووالاه أيضا فولاء كل للذى والاه لان كلا ذو ولاء بنفسه فهما كاب وابن اعتق كلا رجل قال العلامة الحموى وبهذا تبين ان كون الاسفل مجهول النسب ليس بشرط لصحة الموالاة اهـ وكذا الوانى ذكر عند قول صاحب الدرر والى صبى عاقل باذن أبيه او وصيه صح فقال من هنا يفهم ان ذكر مجهولية النسب على سبيل العادة لا على سبيل الشرطية لكن تعقبه الشيخ شاهين فقال وفيه نظر لان المجهولية شرط فلا تثبت على معلوم النسب ولاء موالاة والصبى العاقل اذا والى باذن أبيه او وصيه يكون ولاء الموالاة له لا عليه كما فهمه المحشى اهـ واقره شيخنا (قوله يتوارثان من الجانبين) اى جاز ان يرث أحدهما صاحبه اذ حقيقة التفاعل منتفية واعلم أن صحة شرط التوارث من الجانبين ذكر فى غير ما كتاب من غير خلاف كالجوهرة والمبسوط والجندى ولكن نقل المقدسى عن ابن الضياء ما نصه ولو كان رجلان ليس لهما وارث مسلم وهما مسلمان فى دار الاسلام فوالى أحدهما صاحبه ثم والاه الآخر فعند أبى حنيفة يصير الثانى مولى الاول ويبطل ولاء الاول وقالا كل منهما مولى لصاحبه شرنبلالية قلت فعلى هذا لو والى شخص شخصا بشرط التوارث من الجانبين بان وقع اشتراط ذلك بكلام واحد بان قال واليتك على ان يكون التوارث بينى وبينك من الجانبين فقبل الآخر ذلك لا يصح عند الامام بناء على ما ذكره ابن الضياء (قوله بخلاف ولاء العتاقة) حيث لا يرث الا الاعلى وقد يرث كل منهما صاحبه باعتبار اعتاقه له كما اذا اشترى مستأمن عبدا بدار الاسلام فاعتقه ثم رجع المستأمن الى دار الحرب فسبى فاشتراه عتيقه فاعتقه فكل منهما يكون مولى صاحبه وكذا الذمى اذا أعتق عبده الذمى ثم هرب سيده ناقضا للعهد الى دار الحرب فسبى فاشتراه عتيقه فأعتقه فكل منهما يكون مولى صاحبه وكذا لو ارتدت امرأة بعد اعتاق عبدها ولحقت ثم سبيت فاشتراها عتيقها فاعتقها فاسلمت شرنبلالية (قوله ميزه بفصل) وأخره لان ولاء العتاقة اقوى ولهذا لم يختلف فى كون ولاء العتاقة سبب الارث بخلاف ولاء الموالاة لبطلانه عند الامام مالك والشافعى (قوله أسلم رجل الخ) ليس الاسلام بشرط فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه در ومثله فى الشرنبلالية عن البدائع معللا بان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال (قوله آخر ذوى الارحام) معناه انه مؤخر عنهم عينى (قوله وان مات الاعلى فميراثه الخ) أى ميراث الاسفل (قوله وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ شرعا) وبه قال مالك لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير وروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يتصرف صاحبه فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولى من تصرف الامام وقولهم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض قلنا الذى ورد انها منسوخة فى حق التقديم فانهم كانوا يقدمون على أولاد الارحام فنسخ ذلك التقديم وما تمسكوا به من قوله عليه السلام لا حلف فى الاسلام المراد به الحلف الذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم

وهو يخالف ولاء العتاقة بأشياء منها ان فى ولاء الموالاة يتوارثان من الجانبين اذا اتفقا على توريث كل واحد من صاحبه بخلاف ولاء العتاقة ومنها أن ولاء الموالاة يحتمل الفسخ قبل أن يعقل عنه وولاء العتاقة لا يحتمله ومنها انه متأخر عن ذوى الارحام وولاء العتاقة مقدم عليهم فلذلك ميزه بفصل على حدة اذا (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه) اى الذى أسلم بأن قال واليتك على انى ان مت فميراثى لك (و) على أن (يعقل عنه) اى قال ان جنيت فعقلى عليك وقبل الآخر منه (او) اسلم (على يد غيره ووالاه) اى الرجل على ما بينا (صح) العقد (وعقله على مولاه) أى ديته على الاعلى (وارثه له ان لم يكن له) أى للاسفل (وارث) نكرة فى موضع النفى فيعم جنس الورثة من أصحاب الفرائض والعصبات النسبية والسببية وذوى الارحام (وهو) اى مولى الموالاة (آخر ذوى الارحام) فى استحقاق الميراث وان مات الاعلى فميراثه لاقرب عصبات الاعلى كما فى ولاء العتاقة كذا فى الذخيرة وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ شرعا حتى لا يورث ولا يعقل عنه

قوله فانهم كانوا يقدمون الخ عبارة الزيلعي فانهم كانوا يقدمونه بالبغض على اولى الارحام انتهت فقول المحشى على اولاد الارحام صوابه على اولى الارحام كما لا يخفى اهـ مصححه

هدمي هدمك ودمي دمك ترثني وأرثك فكان ذلك للتناصر على الحق والباطل ولتقدمه بالارث على القريب فحظر الاسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث زيلعي قال في الصحاح يقال دماؤهم بينهم هدم أي هدر وهدم أيضا اذا لم يودوا اه وقال ابن الاثير والهدم بالسكون وبالفتح أيضا هو اهدار دم القتيل يقال دماؤهم بينهم هدم أي مهدرة والمعنى ان طلب دمكم فقد طلب دمي وان اهدر دمكم فقد اهدر دمي لاستحكام الالفة بيننا الخ (قوله وله أن ينتقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة عيني (قوله بمحضر من الآخر) كما في عزل الوكيل قصدا فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح عزمي والمراد من الحضرة العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كفى شرنبلالية عن غاية البيان بخلاف ما اذا عقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة ونظير العزل الحكمي في الوكالة ما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعه سناية (قوله لم يكن للاسفل ان يتحول بولائه الى غيره) وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية عن أبيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء زيلعي (قوله وليس للمعتق ان يوالي احدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض فان قلت هذا يشكل بما ذكره الشارح عند قول المصنف وارثه له ان لم يكن له وارث حيث ذكر ان الوارث يعم جنس الورثة حتى العصبة السببية ووجه الاشكال انه لا يكون له عصبة سببية الا اذا كان معتقا قلت هذا الاشكال انما يتجه ان لو كان قوله وليس للمعتق ان يوالي احدا على اطلاقه واما ان حمل على ما اذا كان المعتق او عصبته موجودا فلا (قوله ولو والت امرأة الخ) وكذا لو اقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها وتبعها ولدها عيني (قوله فولدت) اى ولدا لا يعرف له أب زيلعي (قوله وقالا لا يتبعها) لان الام لا ولاية لها في ماله فاولى ان لا يكون لها في نفسه وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق صغير لا يدرى له أب فتملكه الام كقبول الهبة (تتمة) قال في المحيط لم يذكر في الكتاب ما اذا اسلم رجل على يد حربي ووالاه وفيه خلاف قيل يصح لانه يجوز ان يكون للحربي ولاء العتاقة على المسلم فكذا ولاء الموالاة كما في الذمي وقيل لا يصح لان في عقد الموالاة مع الحربي تناصر الحربي وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمي واستشكله في الدر بان الارث لازم للولاء وقد تقرر ان اختلاف الدين مانع من الارث اللهم الا أن يقال معناه ان سبب الارث يثبت في ذلك الوقت لكن لا يظهر الا ان زال المانع كما ان العصبة او صاحب الفرض مانع من الارث فان زال قبل الموت يعود الممنوع اه والمراد من قوله لم يذكر في الكتاب مختصر القدوري فانه من الاعلام الغالبة له عند الفقهاء كما انه من الاعلام الغالبة للقرآن عند الاصوليين وكتاب سيبويه عند النحاة عزمي والله سبحانه وتعالى اعلم

(كتاب الاكراه)

(قوله المناسبة بين الكتابين من حيث الندرة) اقول فيه تأمل حموي ووجه التأمل ما فهمه المحشي من ان المنظور اليه في وجه المناسبة الولاء مطلقا وليس كذلك بل خصوص ولاء المعاقدة ولا شك في ندرته (قوله اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده) اى لغة سواء كان له قدرة على تحقيق ما هدده به اولا وسواء خاف الفاعل وقوعه اولا وسواء كان الفاعل ممتنعا عن الفعل لحق الشرع او العبد ام لا (قوله والكره بالفتح) قال في مختار الصحاح كرهت الشيء من باب سلم وكراهية ايضا فهو شيء كريه ومكروه والكريهة الشدة في الحرب وقال الفراء الكره بالضم المشقة وبالفتح الاكراه يقال قام على كره اى على مشقة واقامه فلان على كره اى اكرهه على القيام وقال الكسائي هما لغتان بمعنى واحد واكرهه على كذا حمله عليه كرها وكرهت

(قوله) اى للاسفل (ان ينتقل عنه) اى عن المولى الاعلى (الى غيره بمحضر من الآخر) وهو الاعلى (ما لم يعقل عنه) اى عن الاسفل وكذا الاعلى ان يبرأ عن ولائه وانما قيد للاعلى بقوله ما لم يعقل لانه اذا عقل الاعلى عن الاسفل وتحمل جنايته عنه او عن ولده لم يكن للاسفل أن يتحول بولائه الى غيره (وليس للمعتق) على اسم المفعول (أن يوالي أحدا ولو والت امرأة فولدت يتبعها) الولد (وفيه وقالا لا يتبعها)

(كتاب الاكراه) المناسبة بين الكتابين من حيث الندرة والعروض وهو مصدر أكرهه اذا حمله على أمر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح

اليه الشئ تكريها ضد حببته اليه واستكرهت الشئ اه ونقل الحموى عن المغرب بالعزو الى الزجاج ان كل ما فى القرآن من الكره بالضم فالفتح فيه جائز الا قوله تعالى فى سورة البقرة كتب عليكم القتال وهو كره لكم اه (قوله اسم منه) اى اسم مصدر حموى (قوله وفى الشرع الخ) اعلم ان الزيلعى عكس الطريقة المألوفة للمصنفين حيث ذكر المعنى اللغوى للاكراه بعد الشرعى (قوله فيزول به الرضا) اى مع بقاء اصل الاختيار لكنه ان كان الاكراه بالملجئ فسد اختياره والا فلا كما سيذكره الشارح فالحاصل ان عدم الرضا معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار فى جميع صوره ثابت لكنه فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسد ولهذا قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اى الاكراه اما ملجئ بأن يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار واما غير ملجئ بأن يكون بحبس او قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار لا يقال يشكل على هذا حينئذ قوله فى الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره حيث جعل قسم الشئ قسيما له لان مراده فيفوت به رضاه ولا يفسد اختياره بقرينة المقابلة فلا يكون فيه جعل قسم الشئ قسيما له كما ذكره عزمى فيسقط اعتراض صاحب الدرر وقول عزمى فى الجواب مراده فيفوت به رضاه ولا يفسد اى ان كان الاكراه بغير الملجئ او يفسد اختياره ان كان به وعلى ما فى الوقاية جرى فى النقاية واشار القهستانى الى ان فى التعريف اكتفاء حيث قال ثم الفائت به الرضا نوعان اشار اليهما بطريق الاكتفاء الخ (قوله ثم يفسد به اختياره) ان كان ملجئا بان كان بفوت النفس او العضو ثم الظاهر من كلام الشارح ان الاكراه نوعان وبه صرح فى البدائع على ما نقله السيد الحموى ونصه الاكراه نوعان نوع يوجب الالجاء كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف منه تلف النفس او العضو قل الضرب او كثر وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها تاما ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا اه ولا يؤثر هذا النوع من الاكراه الا فى تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار الا ترى ان الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه لانه ينعدم به الرضا والاول يؤثر فى الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح ان يكون آلة اقتصر الفعل على المكره فيصير كأنه فعله باختياره من غير اكراه وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا اكرهه على العتق يقع كأنه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو اكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بان كان قبل الدخول ولو اكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا فى حق المال شرط دون الطلاق زيلعى (قوله ولا يسقط عنه الخطاب) لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو دليل الخطاب وبقاء الاهلية درر (قوله وشرطه قدرة المكره الخ) وكون الشئ المكره به تلف نفس او عضو او موجبا غما يعدم الرضا وهذا ادنى مراتب الاكراه كما سبق وهو يختلف باختلاف الاشخاص فان الاشراف يغمون بمجرد الكلام العنيف والاراذل ربما لا يغمون الا بالضرب المبرح وكون المكره ممتنعا عما اكره عليه قبله اما لحقه كبيع ماله او لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنى تنوير وشرحه (قوله على تحقيق ما هدد به) قال شيخنا ظاهره ان التهديد شرط وليس كذلك ولهذا قال فى الاختيار آخر الكتاب ولو أمره ولم يكرهه الا انه يخاف القتل ان لم يفعل فهو فى حكم المكره لان الالجاء باعتبار الخوف وقد تحقق اه ومثله فى منية المفتى على ما نقل عنه فى الاشباه ونصه امر السلطان اكراه وان لم يتوعده وامر غيره لا الا ان يعلم بدلالة الحال انه لو لم يمتثل امره

اسم منه وفى الشرع (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) ثم يفسد به اختياره ان كان ملجئا والا لا يفسد ولا يزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به)

يقتله

يقتله او يقطع يده او يضربه ضرباً يخاف منه تلف نفسه او عضوه اهـ واعلم ان خوف تلف العضو صادق بالانملة وبه صرح في الاختيار (قوله وخوفه) لا حاجة اليه للاستغناء عنه بقول المصنف وخوف المكره حموي (قوله وحكمه وهو الرخصة او الاباحة او غيرهما) يتظر المراد بغيرهما حموي واقول اراد به الفرض والحظر لان افعال المكره مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة كما ذكره الزيلعي وغيره (قوله يثبت عند وجود شرطه) خبر قوله وحكمه حموي (قوله خير) يعني بعد زوال الاكراه لان صحة هذه العقود تعتمد الرضا والاكراه يعدمه فتفسد وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق وعند الاكراه يترجح جانب الكذب عيني (قوله أو يفسخه) هذا اذا كان يحتمل الفسخ كالبيع والشراء والاجارة وصلحه وابرائه مديونه وكفيله وهبته واقراره اما ما لا يحتمل الفسخ فسيأتي حكمه (قوله بحبس يوم) فيه اشارة الى أن الحبس المديد ما زاد على يوم وهكذا يستفاد من عبارة العيني تبعاً للزيلعي (قوله أو ضرب سوط) اوسوطين الا على العين او المذاكير كما سيصرح به (قوله والحد في الحبس الخ) اختلف في الاكراه بحبس الوالدين او الاولاد وفي الزيلعي لا يعد اكراهاً لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه ومثله في البرهان عن المبسوط قال العلامة المقدسي وهو القياس وفي الاستحسان اكراه ولا ينفذ شئ من التصرفات لان حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحقه بحبس نفسه او اكثر فالولد البار يسعى في تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس فما في الزيلعي ليس بمستحسن كذا في الشرنبلالية وفي تكملة البحر للطوري عن المحيط أكره بحبس أبيه او عبده فهو اكراه استحساناً ولا فرق بين الوالدين والولد وهو المعتمد وكذا يصير مكرهاً بالوعيد بحبس ذي رحم محرم كما في القهستاني (قوله ويثبت به الملك عند القبض) فلو كان المبيع عبداً فقبضه المشتري من المكره على البيع واعتقه فانه ينفذ عتقه درر وكذا التدبير والاستيلاد شرنبلالية ويلزم المشتري القيمة يوم العتق قهستاني وما سبق عن الدرر من تقييده المسئلة بقوله فقبضه المشتري الخ يشير الى ما في القهستاني من انه لو اعتقه قبل القبض لم يصح ونصه باع مكرهاً والمشتري غير مكره لم يصح اعتاقه قبل القبض وأما في العكس فينفذ اعتاق كل منهما قبله وان اعتقاه معاً قبله فاعتاق البائع اولى اهـ معزياً للظهيرية واعلم ان بيع المكره يخالف البيع الفاسد في اربعة مواضع يجوز بالاجازة ينقض تصرف المشتري تعتبر القيمة وقت الاعتاق دون القبض الثمن والمثمن امانة في يد المكره وفي الفاسد بخلافه شرنبلالية عن المجتبى (قوله بسبب فقدان شرطه) وهو التراضي لان الاكراه مطلقاً يعدم الرضا (قوله وعند زفر لا يثبت الخ) لانه موقوف على الاجازة والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافاً الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد لا توقف وانما ذلك لارتفاع المفسد وهو عدم التراضي كسائر البياعات الفاسدة الا انه لا ينقطع حق استرداد البائع وان تداولته الايدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني زيلعي واعلم ان بيع الوفاء حكى الزيلعي هنا فيه اقوالاً والفتوى على انه بيع جائز مفيد بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ثم نقل عن الكافي تصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم ان ذكر شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة الخ وفي الفتاوى الخيرية معزياً للفتاوى الزاهدي ان الفتوى على ان البيع اذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء الا ان المشتري عهد الى البائع بعد البيع المطلق انه ان أوفى مثل ثمنه فانه يفسخ معه البيع يكون باتاً حيث كان الثمن ثمن المثل او بغبن يسير اهـ واعلم ان المشتري وفاء اذا باع باتاً أو وفاء أو وهب لا يصح واذا مات المشتري وفاء فورثته يقومون مقامه في أحكام الوفاء كذا ذكره عماد الدين وغيره قال

وخوفه (سلطاناً كان أو لصاً) والذي قاله أبو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان (و) شرطه (خوف المكره) على لفظ اسم المفعول (وقوع ما هدد به) وذا بأن غلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعي اليه من الفعل وحكمه وهو الرخصة أو الاباحة أو غيرهما على ما سيأتي مفصلاً ان شاء الله تعالى يثبت عند وجود شرطه (فلو أكره على بيع) ماله (أو شراء) السلعة (أو اقرار) بأن أكره على أن يقول لزيد علي ألف درهم (أو اجارة) بأن اكره على أن يؤجر داره (بقتل) متعلق بأكره (أو ضرب شديد أو حبس مديد) ففعل (خير بين ان يمضي البيع) أو الشراء او الاقرار والاجارة (أو يفسخه) بخلاف ما اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لا يكون اكراهاً الا اذا كان المكره صاحب عز ومرتبة يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا قال في المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وبالضرب الذي هو اكراه ما يحدث منه الالم الشديد وليس فيه حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه ولكن على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه (ويثبت به) أي بكل واحد من البيع والشراء ونحوهما (الملك) مطلقاً سواء كان ملك عين أو ملك منفعة (عند القبض للفساد) أي يثبت عند القبض وان كان مكرهاً عنده لاجل فساد تمكن في العقد بسبب فقدان شرطه وهو التراضي وعند زفر لا يثبت بلا اجازة وتراض

في الشرنبلالية وهل كذلك ورثة البائع وفاء فلينظر وينبغي ان ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشتري نظرا لجانب الرهن الخ قال شيخنا صرح أحمد بن يونس بانه اذا مات البائع ينقطع حكم الشرط بموته لانه بيع فيه اقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ولانه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث قال شيخنا فيقدم يعني ماذكره احمد بن يونس على مافي الشرنبلالية من قوله وينبغي الخ لانه صريح اه واعلم ان ماذكره في الشرنبلالية جرى عليه في الدر المختار وأقره وقد علمت مافيه بقي ان يقال ماذكره ابن يونس من التعليل يفيد ان الشرط ينقطع حكمه أيضا بموت المشتري وهو مخالف لصريح كلام عماد الدين فتدبر (تتمة) اختلفا في البيع والرهن فالبيع اولى درعن الملتقط قبيل باب الاختلاف في الشهادة وفيه قبيل كتاب الكفالة معزيا للملتقط أيضا اختلفا ان البيع بات او وفاء جدا وهزل فالقول لمدعي الجد والبتات الا بقرينة الهزل والوفاء ثم استدرك عليه بما ذكره في الشهادات ان القول لمدعي الوفاء استحسانا اه وفي تعارض البينات للبغدادي ذكر مانصه اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الوفاء اه (قوله وقبض الثمن طوعا اجازة) لوجود الرضا وان قبضه مكرها لا لانه دليل لعدم الرضا ورده ان بقي في يده ولم يضمن ان هلك لانه امانة درر وكذا لو سلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع شرنبلالية بقي ان يقال مقتضى قوله وقبض الثمن طوعا اجازة ان يكون بيع المكره موقوفا وقد تقدم انه فاسد حموي (قوله كالتسليم طائعا) بخلاف مااذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة ولو سلم طائعا لان غرض المكره استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم كان التسليم فيها داخلا في الاكراه والاستحقاق في البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا ومافي العيني من قوله والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد صوابه تغيير الاكراه بالاستحقاق كما في الزيلعي والصدقة كالهبة كما في الشرنبلالية وهذا اذا كان المكره حاضرا وقت التسليم وان لم يكن فالاكراه على الهبة لا يكون اكراها على التسليم قياسا واستحسانا شرنبلالية (قوله والبائع مكره على التسليم) قيد به لما سبق من ان التسليم طوعا اجازة (قوله ضمن قيمته) لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا عليه بالقيمة عيني فلو ضمن أحد المشترين وقد تداولته الايدي نفذ كل شراء كان بعده ولا ينفذ كل ما كان قبله درر وأفاد انه لو كان اول المشترين نفذ الجميع شرنبلالية اما اذا أجاز المكره عقدا منها نفذ الجميع يعني وان كان المجاز هو الاخير والفرق بين الاجازة والتضمين انه اذا ضمن فأخذ القيمة صار كانه استرد العين فتبطل البياعات التي قبله بخلاف أخذ الثمن لانه ليس كأخذ العين بل اجازة فافترقا فان قيل مالفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري فلا ينفذ ماسواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه فلهذا نفذت البيوع كلها باجازة عقد منها عناية وتبيين (قوله وللمكره ان يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب عيني (قوله ثم يرجع المكره على المشتري بالقيمة) لانه قام مقام البائع باداء الضمان اليه لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الاكراه (قوله وشرب خمر) فلو من عادته شربها لا يباح له بالاكراه شربها حيث كان باقيا على عادته مصرا بخلاف مااذا كان تاب وأقلع وعزم ان لا يعود حموي عن المقدسي (قوله وحل الاقدام) ووجب قهستاني وهو مستفاد من قول المصنف وأثم بصبره وانما أثم بصبره لانه لما أبيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اتلاف نفسه لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا مااضطررتم اليه ومن الاضرار العطش اذا لم يستطع الصبر فيحل له شرب الخمر حالة الاضطرار خانية عن أبي نصر بن سلام وذكره الشارح فيما سيأتي من الاشربة في اول الكتاب لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه أمر يختص بمعرفته

(وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم) (طائعا وان هلك المبيع حال كونه) (في يد المشتري وهو غير مكره) على القبض (والبائع مكره) على التسليم (ضمن) المشتري (قيمته) للبائع (و) للبائع (أن يضمن المكره) أي البائع المكره ان شاء ثم يرجع المكره على المشتري بالقيمة وانما قيد بقوله وهو غير مكره لانه لو كان مكرها وهلك المبيع في يده من غير تعد لا يضمن ويهلك أمانة كذا في الصغرى (و) (لو أكره) (على) (أكل) (ميتة ودم و) أكل (لحم خنزير و) على (شرب خمر) والواوات بمعنى أو (بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل) له ذلك (وحل) الاقدام ان أكره (بقتل وقطع) والواو بمعنى أو أو ضرب يخاف منه التلف على نفسه أو عضو من أعضائه (وأثم بصبره) أي لا يسعه ان يصبر على ماتوعد به فان صبر حتى تلف به يكون آثما

الفقهاء فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اوفي دار الحرب تبيين فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام عناية قال شيخنا وفي قول صاحب الدرر لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه ارشاد الى الجواب المذكور (قوله وعن أبي يوسف انه لا يأثم) لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية زيلعي (قوله لا بغيرهما) كالضرب والحبس قال في الاشباه فلو أجرى الكفر على لسانه بوعيد حبس اوقيد كفر وبانت امرأته (قوله فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأثم) لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقال له عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان درر قال في العناية ومعنى قوله عليه السلام فعد أي الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا لان أدنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمته وموضعه أصول الفقه اهـ ومثله في التبيين ويخالفه ما في الشرنبلالية عن غاية البيان حيث قال وهو أي قوله عليه السلام فان عادوا فعد أمر بالثبات على ما كان لا امر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى اهدنا الصراط اومعناه ان عادوا الى الاكراه فعد أنت الى مثل ما أتيت به أولا من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالايمان اهـ ومثله في القهستاني (قوله ولكن يثاب الخ) لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة درر مع عناية لكن قال العيني في البناية هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه صلب ولا انه اكره ولا ان النبي عليه السلام سماه سيد الشهداء (قوله بان قتله ولم يظهر منه شئ) لما سبق من قصة خبيب ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف أكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة لم تكن باقية للاستثناء واعترض بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر عناية (قوله ولو اكره على قتل غيره) اوالزنى بامرأة بخلاف ما اذا اكرهت هي على الزنى يرخص ان اكرهت بالملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها زيلعي وبغير الملجئ لا يرخص لها أيضا لكن يسقط الحد في زناها لا الزناه لان الملجئ لم يكن رخصة في حقه كما كان في حق المرأة فلا يكون غير الملجئ شبهة له درء الحد درر ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل اوأذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلان الاذن له لا يحل فكان لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا عناية ولا رجوع له بالمهر على المكره (قوله فان قتله أثم) لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله درر قال في العزمية لا يذهب عليك ان فرض مسئلة الاكراه على هذا العلم فيناقض ذلك قوله أي لا يرخص قتل مسلم ولم نجد هذه العبارة من جهة غيره اهـ وأقول ما ذكره عزمي

وعن أبي يوسف انه لا يأثم وكذا فيما اذا أصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات في ظاهر الرواية يكون آثما خلافا لابي يوسف وفي الذخيرة فان هدد بضرب سوط أوسوطين فهو غير معتبر الا أن يقول لاضربنك على العين أوعلى المذاكير فالحاصل انه لا تقدير في الضرب بالرأي لاختلاف أحوال الناس في تحمل الشاق فالمرجع فيه الى غالب رأي المكره فان وقع في غالب رأيه انه لا يتلف شئ منه لا يصير ملجئا والا يصير ملجئا فتثبت به الاباحة كذا في الاصل (و) لو اكره (على الكفر) بالله أوسب النبي عليه السلام نعوذ بالله منه (واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما) كالضرب والحبس (يرخص) له اظهار كلمة الكفر واتلاف ماله فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأثم والتقييد بمال مسلم يفيد لوجعل احترازا عن مال الحربي فانه مباح لكن الاكراه على الاتيان بالمباح لا يكون اكراها وأما الذمي فكالمسلم (و) لكن (يثاب) المكره (بالصبر) على الكفر واتلاف النفس بان قتله ولم يظهر منه شئ (و) أما اذا لم يصبر وأتلف المال (للمالك ان يضمن) المكره) على لفظ اسم الفاعل (و) لو أكره (على قتل غيره بقتل لا يرخص) الاقدام (فان قتله أثم) فيما اذا أكره

يبتنى على ما فهمه من ان الاستثناء فى كلام الدرر بالنسبة لمسئلة الاكراه وليس كذلك بل هو مستثنى من التعليل الذى ذكره وهو ان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما يعنى لا يستباح قتل المسلم لضرورة ما الا اذا كان بطريق الدفع بان صال عليه وعلم انه لو لم يقتله قتله فحينئذ يباح قتله دفعا عن نفسه هذا هو المراد فلا تعلق للاستثناء بمسئلة الاكراه قال فى الشرنبلالية وفى الحصر تسامح لانه يقتله باخراجه للسرقة اذا لم يلقها بالصياح عليه وباتيانه حليلته اه (قوله هذا اذا كان محقون الدم) وان لم يكن مسلما بان كان ذميا شرنبلالية وينبغى ان يكون المستأمن كالذمى (قوله كذا فى تجنيس الناصرى) تقييده بالناصرى للاحتراز عن تجنيس المرغينانى صاحب الهداية (قوله وسعه ان يقطع يده) فيه نظر فقد صرح الزيلعى بانه لو اكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لا يرخص له قتل نفسه راجع باب حد السرقة كذا بخط السيد الحموى لكن نقل شيخنا عن الزيلعى ما نصه وان اكره على ان يقطع يد رجل فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند ابى يوسف عليهما الدية فى مالهما الا ان فى قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر ما لا ضرورة اه (قوله ويقتص من المكره) ولو سلطانا قال فى العناية وأما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما أن يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعى والثانى قول ابى يوسف والثالث قول ابى حنيفة ومحمد والرابع قول زفر (قوله على لفظ اسم الفاعل) اطلقه وهو مقيد بما اذا كان عمدا كما فى الدرر والتنوير زاد فى الدرر ان يكون المكره بالكسر مكلفا ولهذا قال فى العناية ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لا يجب القصاص على احد اه ولا يشترط لوجوب القصاص على المكره بكسر الراء كون المكره بفتحها عاقلا بالغا ومن هنا سها صاحب النهاية حيث عزا للمبسوط ان المكره بكسر الراء يقتص وان لم يكن مكلفا وليس كذلك وانما هو بالنسبة للمكره بفتح الراء ديرى عن معراج الدراية (قوله وعند ابى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما) لان القتل بقى مقصورا على المكره من وجه حتى اثم اثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فتمكنت الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص فتجب الدية ولا تحملها العاقلة لانه عمد زيلعى وعينى وقوله فتجب الدية أى فى مال الآمر ولا شئ على المأمور الا الاثم ويعزر حموى (قوله وقال زفر تجب على المكره) لانه هو المباشر حقيقة وحكما عينى (قوله وقال الشافعى يجب عليهما) اما المكره فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبيب منه الى القتل حيث احدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب القصاص عنده زيلعى (قوله وعلى اعتاق وطلاق الخ) ولو حكما حتى لو اكره ان يجعل الطلاق والعتق بيد الزوجة والعبد او غيرهما فانه يصح طلاق المفوض اليه وعتقه وهما نى ولو اكره على التوكيل بهما فأوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر فى الوكالة لكونها من الاسقاطات فينفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما تلف عليه استحسانا زيلعى (قوله وقع العتق والطلاق) وكذا النكاح لكن ما زاد على مهر مثلها لا يلزمه قهستانى لان هذه العقود تصح عندنا قياسا على صحتها مع الهزل وعند الشافعى لا تصح وكذا لو اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتى هزلهن جد ولا يرجع بما لزمه لانه لا مطالب له فى الدنيا وكذا لو اكره على اليمين او الظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا لو اكره على الرجعة أو الايلاء درر فان قربها او كفر لم يرجع على المكره بشئ لانه اتى بضد ما اكرهه عليه عناية ولو بانت بعد مضى اربعة اشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع

على

هذا اذا كان محقون الدم وان كان مباح الدم فأكرهه على قتله لا يكون اكراها وبالترك يكون آثما كذا فى تجنيس الناصرى وانما قال على قتل لانه لو قال السلطان لرجل اقطع يد فلان والا قتلتك وسعه أن يقطع يده (ويقتص من المكره) على لفظ اسم الفاعل (فقط) أى دون المكره عندهما وعند أبى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما وقال زفر يجب على المكره دون المكره وقال الشافعى يجب عليهما (و) لو اكره (على اعتاق) عبده (وطلاق) امرأته (ففعل وقع) العتق والطلاق عندنا

على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق او يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها المال لان المال لا يلزم بدون الرضا زيلعي فان قيل ان خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط اولا قلنا ان كان الزوج ساق المهر اليها كله رجع على المكره بنصفه اتفاقا اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند ابي حنيفة فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة عناية (قوله وقال الشافعي لا يقعان) وبه قال الامام مالك (قوله ولكن رجع على المكره بقيمته) اذا أكرهه بالملجئ قهستاني بخلاف ما اذا كرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق حصل باعتبار صنع من جهته وان اكرهه على ان يعلقه بفعله الذي لا بد منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او اكلت او شربت ثم فعل عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجئا ولو اكرهه على ان يكفر ففعل لم يرجع لانه امره بالخروج عن حق لزمه فكان حسبة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته اذ لم يجب عليه عتق عبد معين عن الكفارة فصار بالاكراه عليه متعديا بخلاف الاول لانه امره بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة ثم الاكراه على الاعتاق وان انتقل الى المكره من حيث الاتلاف لكنه يقتصر على المأمور من حيث التلفظ حتى كان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما اعتق كما في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الزكاة حتى تحرم كذا هذا زيلعي مع عناية (قوله ولا سعاية على العبد) لانها انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض او لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وعليه دين او لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا زيلعي (قوله فلا يرجع المكره الخ) لان الضمان وجب بفعله فلا يرجع به على غيره زيلعي (قوله ونصف مهرها) فلو كان الاكراه منهما بالملجئ لم يكن لها عليه شيء قهستاني (قوله ان لم يطأها) ولو حكما بأن لم يخل بها قهستاني (قوله لم تبن زوجته) لعدم الحكم بالردة لانها تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد واما لو اكره على الاسلام يصير مسلما بلا قتل لو رجع يعني اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا درر (فروع) صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح لعدم تعيينه والحيلة ان يقول من اين اعطي ولا مال لي فاذا قال الظالم بع كذا وكذا فقد صار مكرها بزازية * خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح وان هددها بطلاق او تزوج عليها أو تسر فليس باكراه خانية * قيل له اما ان تشرب هذا الشراب او تبيع كرمك فهو اكراه ان كان شرابا لا يحل وكذا الزنى وسائر المحرمات قنية * اكره على اكل طعام نفسه ان جائعا لا رجوع وان شبعان رجع بقيمته على المكره تنوير وشرحه واما لو اكره على اكل طعام الغير فالضمان على المكره لا الآكل وان كان جائعا لان الاكراه على الاكل اكراه على القبض وكما قبضه المكره صار قبضه منقولا الى المكره فكان المكره قبضه بنفسه حتى صار غاصبا ثم مالكا للطعام بالضمان ثم آذناله بالاكل فلا يضمن الآكل كذا في شرح المنار للشيخ زين وابن فرشته وفي شرح التنوير عن الوهبانية ما نصه

وان يقل المديون اني مرافع * لتبرئ فالاكراه معنى مصور
وصح في الاستحسان اسلام مكره * ولا قتل ان يرتد بعد ويجبر

وقال الشافعي لا يقعان ولو اكره على الاقرار بالطلاق فأقر لا يصح اقراره والفرق ان ما فات بالاكراه هو الرضا وانه ليس شرطا لصحة الطلاق دل عليه الهازل والفائت بالاكراه هو الرضا باعتبار الاقرار لان الاقرار خبر والخبر انما يقبل ويعتبر اذا ترجح صدقه على كذبه ولا رجحان عند سلب الرضا به يؤيد هذا الفرق ان المكرهة على الارضاع اذا ارضعت ثبت حكمه والمكرهة على الاقرار بالرضاع اذا اقرت لا يصح اقرارها كذا في القاعدي (و) لكن (رجع) على المكره (بقيمته) مطلقا سواء كان موسرا او معسرا ولا سعاية على العبد فلا يرجع المكره على العبد بالضمان (ونصف مهرها) اي رجع الزوج على المكره (ان لم يطأها) والمهر المسمى وان لم يكن مسمى يرجع بالمتعة وان وطئها لا يرجع عليه بشيء (و) لو اكره (على الردة) والعياذ بالله تعالى فأظهره المكره (لم تبن زوجته)

قوله لتبرئ ظاهره انه علة للرافعة ولا يصح لان المعنى ان لم تبرئني ارافعك فالعلة عدم الابراء ويمكن جعله علة لقوله وان يقل لكن كان الظاهر ان يقول ليبرئ بضمير الغائب تأمل كذا في رد المحتار

(كتاب الحجر)

(قوله من العوارض التي تزيل سبب الولاية الخ) الظاهر ان يقال من العوارض التي تسلب الولاية كما في العناية ونصه أورد الحجر عقب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح و ولاية كاملة كان احق بالتقديم (قوله ثم الحجر في اللغة المنع مطلقا) أي منع كان زيلعي (قوله لانه يمنع عن القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل تبيين (قوله المانعة للتعرض) اى المانعة من التعرض له حموي (قوله قولا لا فعلا) لان الحجر لا يتحقق في افعال الجوارح وسره ان اثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد في الخارج جاز ان يعتبر عدمه بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجا لم يجز اعتبار عدمه كالقتل واتلاف المال والا كان سفسطة در رأي دخولا في اعتقاد السوفسطائية بفتح السين وانكار الحقائق الاشياء لانهم يزعمون انها أوهام وخيالات وسوفسطا كلمتان الاولى سوفا ومعناه الحكمة والعلم والثانية اسطا بكسر الهمزة أي المزخرف ومنه اشتقت السفسطة كما اشتقت الفلسفة من فيلاسوفا أي محب الحكمة كذا بخط شيخنا (قوله لصغر الخ) وقع في المتن الذي شرح عليه العيني والزيلعي بصغر بالباء قال العيني أي بسبب صغر في الصبيان ورق في العبيد وجنون في المجانين والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير انه ومافي يده ملك المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حقه اهـ ثم الحجر بسبب هذه الثلاثة اعني الصغر والرق والجنون متفق عليه والحق بها ثلاثة أخرى المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وهذا أيضا بالاتفاق كما في الشرنبلالية عن النهاية وليس المراد بالحجر في المفتي ونحوه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ألا ترى ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز ولو افتى قبله وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد حقيقة الحجر بل المنع لان المفتي يفسد اديان الناس والطبيب اجسادهم والمكاري اموالهم شلبي والمفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة كارتداد المرأة لتفارق زوجها والرجل لتسقط الزكاة ولا يبالي ان يحلل حراما او يحرم حلالا كما في الجوهرة أو يفتي عن جهل كما في الخانية وليس المراد مطلق الحيل بل بقيد ان يؤدي الى الضرر كما في القهستاني والطبيب الجاهل ان يسقي الناس دواء مهلكا والمكاري المفلس ان يكري ابلا وليس له ابل ولا مال يشتريها به واذا جاء اوان الخروج يخفي نفسه وفي منية المفتي من لقن انسانا كلمة كفر كفر الملقن وان كان على وجه اللعب وقال ابن المبارك من امر امرأة ان ترتد حتى تبين من زوجها فهو كافر وان لم يكفر المأمور اهـ وقوله وان لم يكفر المأمور يعني بأن لم يمتثل امره (قوله ولا يصح تصرف صبي الخ) أي لا ينفذ فالمراد من عدم الصحة عدم النفاذ لا عدم الانعقاد بقرينة قوله بلا اذن ولي قيد الصبي بكونه عاقلا لانه لو لم يكن عاقلا بان كان غير مميز فان تصرفه لا ينعقد حتى لا ينفذ بالاجازة وكذا يقال في العبد ان كان مميزا نفذ باذن سيده وان لم يكن مميزا لا ينفذ ولو بالاذن لعدم انعقاده ابتداء ووجه عدم صحة التصرف ماذكره العيني حيث قال اما الصبي فلانه عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا اذن له الولي فيصح حينئذ لترجيح جانب المصلحة واما العبد فلان منعه لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف باهليته ان كان عاقلا بالغا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير اهـ لكن يستثنى من توقف نفاذ تصرف الصبي على اذن وليه ما اذا كان تصرفه بطريق الوكالة عن غيره كما في الجوهرة حيث قال وتصح عبارة الصبي في مال غيره وطلاق غيره وعتاق غيره اذا كان وكيلا اهـ (قوله كما لو قالوا) أي كما قال شراح كلام المصنف وهو متعلق بقوله المراد بالمجنون الخ لا بقوله الذي لا يفيق أصلا كما يتوهم

(كتاب الحجر) المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما من العوارض التي تزيل سبب الولاية والرضا ثم الحجر في اللغة المنع مطلقا ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع عن القبائح ويقال فلان في حجر غيره اي تربيته المانعة للتعرض وفي الشرع (هو منع عن التصرف قولا لا فعلا لصغر ورق وجنون فلا يصح تصرف صبي) يعقل البيع والشراء لان تصرف صبي غير عاقل لا يجوز اصلا (وعبد بلا اذن ولي وسيد) فهو لف ونشر الاول بالاول والثاني بالثاني (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) قوله بحال يجوز ان يتعلق بقوله المغلوب فحينئذ معنى الكلام لا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال دون المجنون الغير المغلوب اذا تصرف في حالة المجنون سواء اذن له الولي او لم يأذن ويجوز ان يتعلق بقوله لا يصح فحينئذ معنى الكلام لا يصح بحال سواء اذن له الولي او لم يأذن اذا تصرف والمراد بالمجنون على التقديرين المغلوب الذي يجن ويفيق وهو المعتوه والذي لا يفيق اصلا كما قالوا

(قوله ليكون مرجع الضمير فى قوله ومن عقد منهم الخ) هذا ظاهر فى ان تصرف المجنون حالة الافاقة يتوقف نفاذه على اجازة الولى وهو ظاهر ما فى الدرر أيضا لكن تعقبه فى الشرنبلالية بان هذا فى تصرف صدر منه حال عدم افاقته واما تصرف وجد منه حال افاقته فهو فيه كالعاقل كما فى الزيلعى اه (قوله على نهج الخ) النهج بالسكون الطريق الواضح مثل المنهاج غاية (قوله وهو المعتوه) حكمه حكم الصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع التكليف عنه شرنبلالية والمعتوه اختلفوا فى تفسيره وأحسن ما قيل فيه كما فى العينى هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون (قوله وكلاهما داخل تحت قوله ومجنون) فيه تأمل حموى (قوله فيكون مرجع الضمير) الذى هو الصبى والرقيق والمعتوه مذكورا ضمنا لشمول قوله ومجنون له أى للمعتوه شيخنا (قوله وهو يعقله) أى يعقل العقد بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة عينى (قوله يجيزه الولى أو يفسخه) فان قيل هذا فى البيع مستقيم وأما فى الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى قلنا انما ينفذ على المشترى اذا وجد نفاذا كشراء الفضولى وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية اولتضرر المولى فيتوقف الكل زيلعى واعلم ان شراء الفضولى على وجوه الاوّل ان يقول البائع بعت هذا من فلان وقال الفضولى اشتريت لفلان أو قبلت لفلان أو لم يقل لفلان فانه يتوقف الثانى لو قال بعت منك وقال الفضولى قبلت أو قال اشتريت ونوى بقلبه لفلان ينفذ بالاتفاق على المشترى ولا يتوقف الثالث اذا قال الفضولى اشتريت هذا لفلان وقال البائع بعت فالصحيح انه لا يتوقف بلا خلاف الرابع اذا قال بعت منك هذا لاجل فلان فقال المشترى اشتريت أو قبلت وقال اشتريت هذا لاجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف كذا فى غاية البيان (قوله فالولى والمولى بالخيار) جعل فى الدراية الولى شاملا للعصبات وجعله ابن رشد فى شرح المجمع بالقاضى ومن له ولاية التجارة فى مال الصغير كالاب والجد والوصى لا للاخ والعم والام وأجاب المقدسى بحمل هذا التعميم على ما للولى وعليه فى النكاح فتصح اجازته من الاخ والعم حموى (قوله لدفع الاشتباه) علة لصحة اطلاق الجمع وارادة التثنية حموى والاشتباه هو جعل الضمير العائد على مثنى بناء على ان المراد بالمغلوب الذى لا يفيق أصلا كما مر فان في اعتباره فى مرجع الضمير اشتباها لما ان الواقع ان تصرفه لا يصح بحال شيخنا قلت وبهذا الاحتمال جزم العينى حيث قال ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال من الاحوال ولو اجازه الولى لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا يميز له (قوله فان أتلفوا الخ) أى الصبى والرقيق والمحجور لما علم انه لا حجر فى أفعال الجوارح ولذا قال فى الاشباه الصبى المحجور مؤاخذ بافعاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال واذا قتل فالدية على عاقلته الا فى مسائل لو أتلف ما اقترضه وما أودع عنده بلا اذن وليه وما أعيرله وما بيع منه بلا اذن ويستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبى محجور مثله وهو ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ در (قوله ضمنوا) لما مر انه لا حجر فى افعال الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فان النائم ولو ابن يومه اذا انقلب على مال انسان وأتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يطالب بالاداء الا اذا استيقظ درر وعناية واعلم انه يشكل على قولهم لا حجر فى أفعال الجوارح الرقيق فان الرق مانع من نفاذ فعله للحال الا ان يقال الاصل فيه ذلك الا انه أخر لعتقه لقيام المانع كذا فى الدر وقوله فان الرق مانع من نفاذ فعله للحال لخ يفيد انه اذا أتلف شيئا لا يضمنه للحال بل بعد العتق لكن فى تكملة فتح القدير للديرى ذكر ان ابن يومه اذا انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال وكذا العبد والمجنون اذا أتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال وكذا ذكر الطورى فى تكملة البحر ان الصبى والمجنون والعبد اذا استهلكوا مالا ضمنوه فى الحال انتهى ومعنى كون العبد يلزمه الضمان للحال ان المولى يلزم بأحد أمرين اما الدفع أو الفداء فان قلت فى ايجاب الضمان للحال على الصغير ولو ابن

ليكون مرجع الضمير فى قوله ومن عقد منهم وهو يعقله مذكورا ولان الذى لا يفيق اصلا هو مسلوب العقل لا المغلوب او نقول المجنون على نوعين مجنون مغلوب وهو الذى اختلط عقله بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل الا نادرا وتصرفه لا يصح بحال وغير مغلوب وهو الذى يخلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة لا وهو المعتوه وكلاهما داخل تحت قوله ومجنون فيكون مرجع الضمير مذكورا ضمنا (ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولى او يفسخه) اى من باع من هؤلاء شيئا واشترى وهو يعقل البيع والشراء ويقصده فالولى والمولى بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخ والمراد بقوله منهم الصبى والعبد والمجنون الذى يختلط كلامه او الصبى والعبد بطريق اطلاق الجمع وارادة التثنية كما قيل لدفع الاشتباه والمراد بقوله عقد عقد دائر بين المنفعة والمضرة والتصرفات ثلاثة انواع ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه وان اذن له الولى ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذنه ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن قوله وهو يعقله احترازعن الصغير والمجنون اللذين لا يعقلان والمراد بقولنا يقصده انه يقصد اثبات حكمه وفيه احترازعن الهازل فانه لا يقصد حكمه (فان اتلفوا شيئا) من نفس او مال (ضمنوا) هذا تفريع على قوله لا فعلا (ولا ينفذ اقرار الصبى والمجنون) مطلقا اى

بومه اذا انقلب على قارورة فكسرها مخالفة لما قدمناه من ان الضمان وان وجب عليه لكن لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر الخ قلت الظاهر ان ما سبق مفروض فيما اذا لم يكن له مال وما هنا يحمل على ما اذا كان له فلا تخالف (قوله لا بمال ولا بحد الخ) لان ذلك قول والقصد شرط اعتباره ليكون موجودا بصورته ومعناه ولا معنى الا بالقصد والعقل ولا عقل لهما بخلاف الفعل فانه حسى لا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعى كالحد لم يعتبر الا من حيث انه اتلاف فيضمن حموى (قوله ولا بالطلاق والعتاق) لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأملا رده نظر المصادر ر (قوله وينفذ اقرار العبد فى حقه) لقيام الاهلية درر (قوله لا فى حق سيده) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته وكسبه وكلاهما اتلاف ماله درر (قوله لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى فاذا أعتق زال المانع عينى (قوله لزمه فى الحال) لانه بقى على أصل الحرية فى حقهما فينفذ اقراره بهما لانه أقر بما هو حقه و بطلان حق المولى ضمنى فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضى ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقى على أصل الحرية فى حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار لعبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضى ان يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه نص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص (قوله لا بسفه) مراده اذا بلغ عاقلا ثم سفه أما اذا بلغ سفيها فقد ذكر فى الذخيرة انه يمنع ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة نهاية وهذا هو محل ما نقله السيد الحموى عن الطريقة البرهانية حيث قال واجمعوا انه يمنع عنه المال الى ان يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا فقال الامام لا يمنع عنه ماله بعد ذلك وقال ابو يوسف ومحمد يمنع عنه ماله ما دام السفه قائما انتهى (قوله وقال ابو يوسف ومحمد الخ) ظاهر هذا ان مذهب محمد كمذهب ابى يوسف وليس كذلك لان محمدا يقول بمجرد السفه يصير محجورا بخلاف ابى يوسف فانه يقول يوقف حجره على حجر القاضى كما فى الشرنبلالية وعبارة القهستانى لا يصير السفيه محجورا عند ابى يوسف الا بالقضاء ولا يصير مطلقا الا باطلاق القاضى وعند محمد ينحجر بدون الحجر وينطلق بترك السفه كما فى الكرمانى وغيره الخ واعلم ان المحجور عليه بالسفه على قولهما المفتى به كالصغير فى جميع الاحكام الا فى النكاح والطلاق والعتاق والاستيلاد والتدبير ووجوب الزكاة والحج والعبادات وزوال ولاية ابيه وجده وفى صحة اقراره بالعقوبات وفى الايقاف وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث فهو فى هذه كالعاقل وقوله الا فى النكاح اى بقدر مهر مثلها ويبطل الفضل عندهما لا عنده والمريض اذا تزوج كانت الزيادة على مهر المثل معتبرة من الثلث بخلاف السفيه حيث لا تعتبر الزيادة عندهما اصلا ديرى وحكم السفيه فى الكفارة كالعبد فلا يكفر الا بالصوم حتى لو حلف وحنث اونذر نذرا من هدى او صدقة اوظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر امواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله ولو اعتق عن الكفارة صح عتقه ولا يجزيه عنها وان جنى فى احرامه فان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لا يجزى فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير للحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا زيلعى واشباه وقال الزيلعى يحجر بالسفه فى تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق ونحوه فكلام الزيلعى وتبعه العينى صريح فى ان الهبة لا تصح مع الهزل خلافا لصاحب الاشباه (تتمة) ادعى الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه و برهنا ينبغى تقديم بقاء السفه اشباه واعلم ان الحجر بالسفه يعم جميع الاموال وبالدين يخص المال الموجود حتى ينفذ تصرفه فى مال حدث بعده قهستانى (قوله بخلاف موجب الشرع) والعقل ولو فى الخير كان يصرفه فى بناء المساجد ونحو ذلك تكملة الديرى (قوله ومن عادته التبذير والاسراف) اى السفيه كذا ذكره السيد الحموى

لا بمال ولا بحد من الحدود ولا بالطلاق والعتاق وينفذ اقرار العبد فى حقه لا فى حق سيده فلو اقر) العبد (بمال) لزمه بعد الحرية ولو اقر بحد على نفسه (لزمه بعد الحرية) ولو اقر بحد او قود لزمه فى الحال لا بسفه) اى الحجر منع عن التصرف بصغر لا بسفه وقال ابو يوسف ومحمد وهو احد قولى الشافعى يحجر بالسفه والسفه الخفة والسفيه الذى فى عقله خفة وقيل السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع اتباعا للهوى وترك ما يدل عليه الحجى ومن عادته التبذير والاسراف فى النفقة وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنى والمغنيات وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارة من غير

لان

محجدة (فان بلغ) الصبي (غير رشيد) ومعنى الرشد ان ينفق المال فيما يحل ويمسك عما يحرم ولا يتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ) غير الرشيد (خمسا وعشرين سنة) وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق منه على ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى الارحام الا أن القاضى يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى المساكين ولكن يبعث معه أمينا ليدفع الى المساكين بحضر من أمينه ليصرفها الى مستحقها ولو أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولكن يسلم القاضى النفقة الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا (ونفذ تصرفه قبله) أى تصرف غير الرشيد قبل الاجل المذكور وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يدفع اليه أبدا حتى يؤنس أى يعلم منه رشده ويجوز تصرفه فيه (ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة) أى خمسا وعشرين سنة حال كونه (مفسدا) عنده خلافا لهما وانما قيد بقوله غير رشيد لانه لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع عنه المال عند أبى حنيفة (وفسق) عطف على قوله لا بسفه أى لا يمنع بفسق مطلقا سواء كان مصلحا لماله أو مفسدا له وعند أبى يوسف ومحمد اذا كان مفسدا لماله يحجر عليه ثم الفسق الاصلى والطارئ سواء فالاصلى أن يبلغ فاسقا والطارئ أن يبلغ عدلا ثم يفسق وقال الشافعى يحجر عليه (وغفلة) أى لا يحجر بغفلة وهو أن لا يكون مفسدا ولكنه سليم القلب لا يهتدى الى التصرفات الرابحة ويغبن فى التجارات وعندهما وهو قول الشافعى يحجر عليه (ودين وان طلب غرماؤه) أى غرماء المديون (وحبس ليبيع) المديون (ماله فى دينه فلو) كان (ماله ودينه دراهم قضى) القاضى بأخذه (بلا أمره) اجماعا (ولو) كان (دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع) الدنانير فى الاول والدراهم فى الثانى فى (دينه) استحسانا عند أبى حنيفة (ولم يبع) القاضى (عرضه وعقاره) فى قضاء دينه ولكن يحبس أبدا حتى يقضى دينه وقالا يبدأ القاضى فى البيع فى الدين بالنقود ثم بالعروض ثم بالعقار وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ويترك دست من ثياب بدنه ويباع الباقى وعلى هذا المسكن وقيل دستان لئلا يقعد فى خلال بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه ثم اذا باع القاضى ماله أو أمر أمينه به كان العهدة على المديون لا على القاضى وأمينه حتى لو استحق المبيع يرجع بالثمن على المطلوب كذا فى شرح الطحاوى (وافلاس) أى ولا يحجر بافلاس عند أبى حنيفة خلافا لهما (فاذا أفلس مبتاع) أى مشترى (عين) أى ان صار ذا فلس أو دخل فى الافلاس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه المفلس ذلك المتاع من الرجل المعين

لان النسخة التى كتب عليها لا وجود لذكر السفيه فيها (قوله محجدة) بوزن منزلة كذا بخط شيخنا (قوله ولو أراد عمرة الخ) لانها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا (قوله ونفذ تصرفه قبله) اى فى البيع والشراء حتى لو باع شيئا من ماله صح ويأمر القاضى وصيه بدفعه الى المشترى وان اشترى شيئا يأمره ايضا بدفع الثمن اليه قال فى الجوهرة ولا يقال كيف يجوز تصرفه فيه وهو ممنوع من قبضه لان مثل ذلك لا يمتنع الا ترى ان المبيع فى يد البائع يمنع المشترى من قبضه قبل تسليم الثمن ولو اعتقه جاز انتهى (قوله ويجوز تصرفه فيه) صوابه ولا يجوز تصرفه فيه كما فى الدرر حموى (قوله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة الخ) اى وجوبا حتى لو منعه بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لا ضمان شرح التنوير (قوله خلافا لهما) ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا دفع اليه المال بعد ما بلغ هذه المدة مفسدا لا يضمن الوصى بالدفع اليه عنده خلافا لهما وما فى الاشباه من قوله ولو دفع الوصى المال الى اليتيم بعد بلوغه سفيها ضمن وان لم يحجر عليه معناه لو سفيها فدفع الوصى المال اليه قبل بلوغه خمسا وعشرين سنة (قوله اى لا يمنع بفسق مطلقا) سواء كان مصلحا لماله او مفسدا حاصل هذا ان الامام لا يرى الحجر بالفسق مطلقا خلافا لهما اذا كان مفسدا لماله فالمصلح لماله لا يحجر عليه وان كان فاسقا بالاتفاق وكذا المفسد لماله عنده خلافا لهما وهذا هو المصرح به فى عامة الكتب فما فى الدرر من قوله وعندهما وعند الشافعى يحجر على الفاسق زجرا له مخالف لعامة الكتب ولهذا قال عزمى وهو فى ذلك مطالب بتصحيح النقل والصواب ما يجىء بعد حيث قال الرشد عندنا هو الرشد فى المال فاذا بلغ مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعى فى الدين أيضا انتهى وغير خاف انه يمكن حمل كلام الدرر على ما اذا كان الفاسق مفسدا لماله فلا حاجة للتصويب ولا يأبى صحة هذا الحمل ذكر الشافعى مع الصاحبين وان كان مذهبه الحجر على الفاسق مطلقا وان لم يكن مفسدا لماله فتدبر (قوله عند أبى حنيفة) وكذا عندهما فلا خلاف بينهم كما يوهمه كلامه أما عندهما فظاهر وأما عند أبى حنيفة فاستحسان والقياس ان لا يجوز للقاضى بيعه كالعروض وجه الاستحسان انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة مختلفان فى الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لا يجرى بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الاعراض تتعلق بصورها وأعيانها اما النقود فوسائل لان المقصود منها المالية دون العين فافترقا زيلعى (قوله وقالا يبدأ القاضى فى البيع الخ) والفتوى على قول الصاحبين ان القاضى يبيع على المديون العرض ثم العقار ان امتنع من البيع بنفسه كذا فى الاختيار وغيره والخلاف فيما اذا كان حاضرا وأما اذا كان غائبا فلا يملك القاضى بيع عقاره وعرضه لانه قضاء على الغائب ابن ملك ولو أقر بمال يلزمه بعد الديون ما لم يكن ثابتا ببينة او علم قاض فيزاحم الغرماء كمال استهلكه اذا لاحجر فى الفعل كما مر در وقوله او علم قاض يبتنى على ما عليه المتقدمون من ان للقاضى ان يقضى بعلمه أما على ما عليه المتأخرون وهو المفتى به فلا (قوله وعلى هذا المسكن) أى يترك له مسكن ويباع الباقى لو كان له

مما كن حموي ولو كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دونه يباع ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكن يكفيه زيلعي (قوله فبائعه اسوة الغرماء) هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبله فللبائع حبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن درر (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا كان الدين كله حالا فلو بعضه حالا قسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص قهستاني ويحبسه بالثمن درر (قوله وعند الشافعي يكون للبائع حق الفسخ) محل الخلاف اذا كان البيع صحيحا فلو كان البيع فاسدا فالبائع أحق بمالية المبيع خلاصة في البيع الفاسد (قوله أما المديون الخ) أي المديون المفلس وانما جاز له ايثار بعض الغرماء لتعلق حقهم بذمته كما في النهاية ولا يخالف ذلك ما في الذخيرة من أنه لو قضى دين بعض الغرماء لا يملك لان فيه ايثاره على الباقين وتخصيصه بقضاء دينه وأنه محجور عليه وصار كالمريض مرض الموت ووجه عدم المخالفة ان كلام الذخيرة مفروض في المديون الغير المفلس حموي وفيه تأمل والذي يظهر عكس ما ذكره بأن تحمل ما ذكره في النهاية كالشارح من ان له ايثار بعض الغرماء على أنه بالنسبة لغير المفلس أي الذي لم يحكم بافلاسه بخلاف ما بعده فليراجع الذخيرة (قوله فله ذلك كذا في فتاوى النسفي) قيده شيخنا بما اذا صدر منه ذلك حال صحته (فرع) حجر قاض ورفع الى قاض آخر فأطلقه الثاني جاز اطلاقه وما صنع المحجور من بيع اوشراء قبل اطلاق الثاني وبعده كان جائزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف على امضاء قاض آخر درر

(فصل) (قوله بلوغ الغلام الخ) البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك عناية (قوله بالاحتلام) قال عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل زيلعي قال في المختار يتم الصبي بالكسر ييتم يتما ويتما بالضم والفتح واليتيم من الناس من قبل الاب ومن البهائم من قبل الام انتهى (قوله والاحبال والانزال) أما الانزال فظاهر وكذا الاحبال لانه لا يكون الا مع الانزال فجعل علامة البلوغ والتقييد بالاحتلام ونحوه يفيد أنه لا اعتبار بنبات العانة ولهذا قال في غاية البيان نبات العانة لا يدل على البلوغ خلافا للشافعي كاللحية بل اولى لانه يمكن أن يتوصل بالحيلة الى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة وفي شرح الاقطع روى عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه اعتبر نبات العانة وأما نهود النهد فذكر الحموي انه لا يحكم به في ظاهر الرواية وكذا ثقل الصوت كما في شرح النظم الهاملي (قوله حتى يتم ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة) لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ أشده واشد الصبي على ما قاله القتبي تبعا لابن عباس ثماني عشرة سنة وقيل اثنتان وعشرون وقيل خمس وعشرون واقل ما قالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط درر وزيلعي (قوله حتى يتم لها سبع عشرة سنة) لان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقص سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي توافق المزاج كذا في الدرر والصواب ما في الزيلعي التي يوافق واحد منها المزاج (قوله وفي بعض النسخ ثمانية عشر سنة) يعني اختلفت نسخ المتن في تذكير العدد وتأنيثه على تأويل الحول أو العام لان عشرة بعد التركيب تجري على القياس (قوله ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة) للعادة الغالبة ان العلامات تظهر في هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة في حق من لم يظهر له العلامة درر (قوله وادنى المدة في حقه الى قوله وفي حقها) اذ قد يحصل لهما في هذا السن علامة البلوغ درر (قوله وقالا بلغنا) اعلم انه يشترط لصحة الاقرار بالبلوغ شرط آخر وهو أن يكون بحال يحتلم مثله ذكره الولوالجي وفي الظهيرية أقر بالبلوغ ان كان مراهقا بأن بلغ اثنتي عشرة سنة صح اقراره وقسمته ولو قال بعد ذلك لم اكن بالغا لا يلتفت الى قوله وان لم يكن مراهقا بأن كان مثله لا يحتلم بان لم يبلغ اثنتي عشرة سنة لا يصح اقراره بالبلوغ شيخنا عن الشلبي وفي شرح البخاري للكرماني ذكر ان عبد الله بن

(فبائعه اسوة) أي مساو (الغرماء) (فيقسم ثمنه بينهم بالحصص) حتى يباع ويقسم وعند الشافعي يكون للبائع حق الفسخ هذا اذا أخذ أرباب الديون أو القاضي منه وقسم بينهم بلا اختياره أما المديون لو آثر بعض الغرماء بقضاء الدين باختياره ذلك فله ذلك كذا في فتاوى النسفي (فصل) في حد البلوغ (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال) اذا وطئ (والا) أي وان لم يوجد ذلك فبلوغه موقوف (حتى يتم ثماني عشرة سنة) عند أبي حنيفة (و) بلوغ (الجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا) أي وان لم يوجد ذلك (فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) وفي بعض النسخ ثمانية عشر سنة على تأويل الحول أو العام ولم يذكر الانزال في علامات بلوغها لان انزالها قلما يعلم بخلاف الصبي (ويفتى بالبلوغ فيهما) أي في الغلام والجارية (بخمسة عشر سنة) هذا قولهما وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي (وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين فان راهقا) أي قاربا الحلم واشكل أمرهما (وقالا) قد (بلغنا) في البلوغ (صدقا) واحكامهما أحكام البالغين فلو أقر الغلام به وهو ابن اثنتي عشرة سنة أو أقرت الجارية به بعد ان تم لها تسع سنين

عمرو بن العاص كان بينه وبين أبيه اثنتا عشرة سنة قالوا ولا نعرف احدا غيره كذلك (قوله يقبل قولهما بالاجماع) اذا فسراما به علما بلوغهما وليس عليهما يمين كما في الشرنبلالية والظاهر ان هذا هو المراد مما نقله السيد الحموى عن شرح درر البحار من انه يشترط لقبول قولهما ان يبينا كيفية المراهقة حين السؤال عنه

(كتاب المأذون)

قال الكرمانى يقال هو مأذون له وهى مأذون لها وترك الصلة ليس من كلام العرب قهستانى (قوله الاعلام لغة) قال قاضى زاده فى التكملة لم أرقط فى كتب اللغة مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام حموى وذكر بعضهم كالديرى فى التكملة ان الاذن والاذان فى اللغة الاعلام وعزاه فى الشرنبلالية للزيلعى وأقره وفيه كلام يعلم بمراجعة تكملة البحر للطورى وذكر العينى ان الاذن فى اللغة هو الاطلاق وهو فك الحجر مطلقا (قوله فك الحجر) هذا يشمل فك الحجر عن صبى من ولى أو قاض ولما كان معظم الباب فى مسائل العبد المأذون زادوا فى التعريف واسقاط الحق الثابت بالرق اعلم ان بعضهم اقتصر على تعريف اذن العبد بناء على ان معظم الباب فى مسائل العبد المأذون وبعضهم أطلق وهو الاصوب ولهذا جمع المصنف كأكثر أصحاب المتون بين فك الحجر واسقاط الحق حموى وهذا لا يلائمه قول الشارح فك الحجر الثابت بالرق لاقتضائه قصر التعريف على اذن العبد ولذا زاد بعضهم على قول الشارح الثابت بالرق أو بالصبا وشرطه كون المأذون له ممن يعقل التصرف ويقصده والآذن ممن يملك التصرف ولو غير مالك للرقبة فصح من مكاتب ومأذون وشريك مفاوضة وعنان وأب وجد وقاض وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضرورتها دون غيرها قال العلامة الحموى وقول الزيلعى وحكمه هو تفسيره الشرعى يجب تأويله أى ما يفهم من تفسيره ومحل بيانه حواشى الهداية (قوله واسقاط الحق) والمسقط هو المولى بالنسبة للعبد أو الولى بالنسبة للصبى واعلم ان العبد أهل للتصرف وانما حجر لحق المولى واذا أذن فقد أسقط حقه وصار العبد متصرفا لنفسه بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة لكن لا يلزم ان يكون مالكا لما تصرف فيه لنفسه لانه كما فى الشرنبلالية بجملته مملوك للمولى فاذا تعذر ملكه لرقه يخلفه المولى فى الملك فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل ديرى فى التكملة عن الاكمل لا يقال العبد ليس أهلا لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا للتصرف لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب ولهذا تقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى الا ما فضل منه زيلعى (قوله ويثبت بالسكوت) الا اذا كان المولى قاضيا در عن الاشباه (قوله ان رأى عبده الخ) المراد بالرؤية العلم على ما يشير اليه قول القهستانى أى رآه بالقلب (قوله وفى ذلك لا ينفذ) اسم الاشارة للبيع والشراء المفهومين من قول المصنف رأى عبده يبيع ويشترى لكن فى التسوية بينهما فى عدم النفاذ مخالفة لما سيأتى منه معزيا للذخيرة حيث قال ولو رآه يشترى شيئا بمال المولى فلم ينهه المولى فهو اذن منه وينفذ ذلك الشراء ووجه الفرق انه فى الشراء يدخل المبيع فى ملكه فلا يتضرر بخلاف البيع فان المبيع يزول عن ملكه فلا يجعل سكوته اذنا فى ذلك البيع حموى عن ابن ملك ومثله فى البدائع (قوله بمال المولى) فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد كذا بخط شيخنا (قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى الخ) كذا فى الزيلعى ومثله فى البرهان ويخالفه ما فى الدرر تبعا للخانية من انه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك لم يكن اذنا شرنبلالية وأقول المراد من

يقبل قولهما بالاجماع اما قبل ذلك فلا وههنا دقيقة أخرى وهى أن يشترط بعد بلوغه اثنى عشرة سنة أن لا يكون بحال لا يحتلم مثله ذكر هذه الدقيقة فى فتاوى الفضلى

(كتاب المأذون)

المناسبة بين الكتابين ظاهرة اذ الاذن يقتضى سابقية الحجر فيترتب الاذن عليه (الاذن) الاعلام لغة وفى الشرع (فك الحجر) الثابت بالرق (واسقاط الحق) عندنا وعند الشافعى وزفر عبارة عن انابة وتوكيل ثم أراد أن يظهر ثمرة الخلاف ففرع وقال (فلا يتوقت) الاذن بالاماكن والازمان حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا أو مكانا كان مأذونا أبدا الى أن يحجر عليه عندنا وعند زفر يتوقت (ولا يتخصص) بنوع دون نوع حتى لو أذن له فى نوع فهو مأذون فى جميع الانواع وعند زفر والشافعى لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع ولما كان الاذن ثبت بالدلالة أيضا أشار بقوله (ويثبت بالسكوت ان رأى عبده يبيع ويشترى) فانه يصير مأذونا عندنا فى غير ذلك التصرف الذى رآه مولاه فيه وفى ذلك لا ينفذ ولو رآه يشترى شيئا بمال المولى فلم ينهه المولى فهو اذن منه وينفذ ذلك الشراء كذا فى الذخيرة ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو للاجنبى باذنه أو بغير اذنه صحيحا كان أو فاسدا

قوله لم يكن اذنا أى فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت كما ذكره عزمى لا فى سائر التصرفات كما فهمه فى الشرنبلالية فلهذا قال المحفوظ تقديم ما فى المتون والشروح على ما فى الفتاوى (قوله وقال زفر والشافعى لا يكون اذنا) لاحتمال ان يكون عن سخط كما لا يثبت اذا رأى عبده يتزوج فسكت وكما اذا رأى المرتهن يبيع الرهن فسكت ولنا ان العادة جرت بأن من لا يرضى ببيع عبده ينهى عنه ولولم يجعل سكوته اذنا لادى الى اضرار الناس لغرورهم به ومعاملتهم معه فجعل سكوته رضاء عرفا الا اذا سبق منه ما يوجب نفى الاذن حالة السكوت بأن قال المولى اذا رأيتم عبدى يتجر فسكت لا يكون مأذونا والجواب عن مسئلة الرهن والتزوج فى الزيلعى وروى الطحاوى عن أصحابنا ان السكوت فى مسئلة الرهن رضا ويبطل الرهن كما فى الشرنبلالية (قوله بأن قال له أذنت لك فى التجارة) لانه عام معنى لانه يريد به جنس التجارة اما اذا ذكر بصيغة المفرد غير معرف بان قال أذنت لك فى تجارة أو فى تجارة واحدة أو تجارة كذا ملك أنواع التجارات عندنا كذا فى التكملة للديرى وذكر انه اذا أذن له فى التجارة فى الخز يصير مأذونا فى التجارة كلها عندنا خلافا للشافعى انتهى فما فى شرح الحموى حيث قال اذا ذكر بصيغة المفرد غير معرف بأن قال أذنت لك فى تجارة أو فى تجارة واحدة أو تجارة كذا ففيه خلاف انتهى يعنى خلاف الشافعى فتدبر (قوله لا بشراء شئ بعينه) كالطعام والكسوة لانه استخدام ولو صار مأذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام واعلم ان قوله لا بشراء شئ بعينه معطوف على محذوف وهو معترض بين الشرط وجزائه والتقدير فان أذن بالبيع والشراء اذنا عاما يبيع و يشترى لا بشراء شئ بعينه حموى وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال أجر نفسك من فلان لانه أمر بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما لو أمره ان يؤجر نفسه من الناس او قال اقعد صباغا أو خياطا أو قصارا لانه أمر بعقود متعددة فدل على الاذن ولانه لم يعين من يعامل معه فيكون أمرا بالمعاملة مع الناس كما فى تكملة الديرى وكذا اذا قال أد الى ألفا وأنت حر او قال كل شهر كذا او كل يوم كذا يكون مأذونا له لانه لا يتوصل الى الاداء الا بالتكسب وذا بالتجارة لا بالتكدى زيلعى وليس المراد من قوله اقعد صباغا أو قصارا أو خياطا انه أمره بهذه الجملة بتمامها كما توهم ذلك بعضهم والمكدى الذى يسأل الناس الحافا ويأكل اسرافا يؤجر بالتصدق عليه ما لم يتيقن انه يصرفه على المعصية كذا فى عمدة المفتى والمستفتى وفى القاموس لتكدى الالحاح فى السؤال وقال ابن الاثير الكد الاتعاب يقال كد يكد فى عمله كدا اذا استعجل وتعب فى المعاش كذا بخط شيخنا (قوله لنفى الخلاف) لانه يفهم من قوله اذنا عاما ان الاذن لو كان بشراء شئ بعينه لا يكون اذنا بل يكون استخداما اتفاقا حموى (قوله وتأكيدا للعموم) المستفاد من قوله اذنا عاما حموى (قوله وكذا بالغبن الفاحش) عند أبى حنيفة فأبو حنيفة سوى هنا بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش وفرق بينهما فى تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه فكان الوكيل فى الشراء متهما فى انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له الغبن اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد فى تصرف المأذون لانه لا يرجع بما لحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء فى حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبى اذا اذن له ابوه فى التجارة يجوز ان يبيع و يشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابى حنيفة ولو حابى العبد المأذون له فى مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فتنفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقى اى بعد الدين يعنى يؤدى دينه اولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ فى الكل بخلاف الغرماء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته فى حقهم وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما فى البحر هذا اذا كان المولى صحيحا فان كان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال

المولى

وقال زفر والشافعى لا يكون اذنا (فان أذن) المولى اذنا (عاما) لعبده بان قال أذنت لك فى التجارة (لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشترى) اتفاقا وكذلك اذا قال أذنت لك فى جميع أنواع التجارة قوله لا بشراء شئ بعينه لنفى الخلاف بيننا وبين زفر والشافعى صير مأذونا تأكيدا للعموم ثم ان أذن عاما يبيع ويشترى بما بدا له من أنواع الاعيان بغبن يسير وكذا بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة

المولى بلافرق بين الفاحش وغيره عناية وزيلعي (قوله خلافا لهما) لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده ولابي حنيفة انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشئ كان له حكم ذلك الشئ بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالنظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن ان يصح منهم كالاقرار بالدين زيلعي ومافي الدرر حيث استدل للصاحبين بقوله لهما ان البيع بالغبن الفاحش بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث ليس على اطلاقه كما في الشرنبلالية وقد قدمنا ما في المسئلة من التفصيل (قوله ويرهن ويسترهن) اى يأخذ الرهن لانهما من توابع التجارة عيني ووقع في المتن الذي شرح عليه الحموي ويرتهن بدل يسترهن (قوله ويستأجر) مشاهرة ومسانهة در ربما يحتاج اليه من البيت والدابة وغيرهما اذ في التجارة يحتاج الى ذلك ويقبل السلم ويسلم حموي (قوله ويشارك شركة عنان) لا مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها واذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم المفاوضة الفاسدة حموي عن البدائع (قوله خلافا للشافعي) له ان الاذن لم يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يملك بيع نفسه ولا رهنها فلا يملك بيع منافعه ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكها والغالم يجز بيع نفسه لاستلزامه بطلان الاذن ولا كذلك بيع المنافع ورهن نفسه يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين فيفوت به غرض المولى زيلعي (قوله ويقر بدين) لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد ولو اشترى جارية شراء فاسدا فاقر انه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح بلا اذن حيث يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة واعلم ان اقراره بالدين صحيح وان كان عليه دين اذا اقر في صحته وان في مرضه قدم غرماء الصحة كما في الحرز يلعي (قوله فلو اقر بدين الخ) الدين ليس بقيد فانه يملك الاقرار بالعين كما في البدائع لان العادة قد جرت بشراء كثير من الاشياء بظروفها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم امر التجارة حموي لكن قيد في الدر عن الوهبانية صحة اقراره بالعين بما اذا لم يكن مديونا (قوله ويبطل اقراره لهؤلاء) لانه اقرار صورة وشهادة معنى وشهادته لهؤلاء غير جائزة لو كان حرا فكذا اقراره (قوله خلافا لهما) لانه أقر لمن لا حق له في اكتسابه فصار كما لو أقر لاجنبي قال في الدرر وهو كالاختلاف في بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعي لكن لو حذف صاحب الدرر لفظة الدين من قوله فان اقراره لهم بالدين باطل عند أبي حنيفة خلافا لهما لكان أولى لان الزيلعي أطلق الاقرار ولم يقيده بالدين الى هذا أشار شيخنا (قوله وغصب) لان ضمانه ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان (قوله ولا يتزوج المأذون) الا باذن المولى ولا يتسرى ولو باذن درر (قوله وقال أبو يوسف له تزويج الامة) وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون له والمضارب وشريك العنان دون الاب والوصي خلافا لما ذكره العيني من أنهما على هذا الخلاف أيضا فانه قد تبع صاحب الهداية ورده الزيلعي بانه سهو فان صاحب الهداية ذكر المسئلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة الكتب كالمبسوط ومختصر الطحاوي والتتمة انتهى (قوله ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشئ لا يتضمن ما فوقه الا اذا اجازه المولى ولم يكن على العبد دين وذكر في النهاية انه لو كان على العبد دين فكتابته باطلة وان أجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر وهذا مشكل فان غير المستغرق لرقبته ومافي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بالاجماع حتى جاز للمولى عتق مافي يده زيلعي وأقول لا اشكال لما ذكره هو بعد قول المصنف ولا يملك سيده مافي يده لو أحاط دينه فيبطل تحريره عبدا من كسبه حيث قال وان لم يحط جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر

خلافا لهما سواء كان عليه دين أولا (ويوكل) المأذون (بهما ويرهن) شيأ (ويسترهن ويستأجر ويضارب) (ويؤجر نفسه) لا نفسه (ويشارك شركة عنان) (ويقر بدين) خلافا للشافعي ولو أقر بدين يلزمه في الحال اذا أقر لغير الولد والوالد والزوج ويبطل اقراره لهؤلاء عند أبي حنيفة خلافا لهما (وغصب ووديعة ولا يتزوج) المأذون (ولا يزوج مملوكه) مطلقا سواء كان عبدا أو أمة وقال أبو يوسف له تزويج الامة (ولا يكاتب) المأذون الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه فحينئذ تجوز الكتابة ويصير المأذون نائبا عنه وأما لو كان عليه دين مستغرق فستعرف حكمه فيما اذا تصرف المولى في كسب المأذون المديون (ولا يعتق) ولو بمال

وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير الخ وحينئذ فما في النهاية تفريع على قول أبي حنيفة الاول هذا ما ظهر لي في هذا المقام ثم رأيت الموافقة عليه للحموي معزيا الى بعض الفضلاء (قوله الا ان يجيزه المولى الخ) ثم ليس للعبد قبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل واذا أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده زيلعي والتقييد بالكتابة يشير الى أنه يملك الاذن وبه صرح الزيلعي في المضاربة (قوله ضمن المولى قيمته لغرماء المأذون على قولهما) وعلى قول الامام لا ينفذ اعتاق المأذون عبده باجازة المولى ان كان الدين مستغرقا لانه مانع من ثبوت الملك له في كسبه وهذا قول الامام آخرا وكان أولا لا يفرق في هذا بين المستغرق وغيره كما سبق التنبيه عليه (قوله ويهدي طعاما يسيرا) قال في البزازية ويملك اهداء مأكول وان زاد على درهم بما لا يعد اسرافا ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان في يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولو في يده عشرة دراهم فبدانق كثيرة كذا بخط مصنف تنوير الابصار والتقييد بالطعام للاحتراز عما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير والثياب الا ان يهب مالا يساوي درهما وان أجاز المولى هبته صحت ان لم يكن عليه دين شرنبلالية والمحجور لا يهدي شيئا وعن الثاني اذا دفع للمحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا بأس بخلاف ما لو دفع اليه قوت شهر ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت سيدها اوزوجها باليسير كرغيف ونحوه در عن الملتقى قال ولو علم منه عدم الرضا لم يجز (قوله كالرغيف ونحوه) كجواز رغيف الفلس ومن الفضة ما دون الدرهم كما يستفاد من الشرنبلالية حيث قال فيملك التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة ما دون الدرهم ووجه الاستفادة انه لا فرق بين الصدقة والهدية (قوله ويضيف من يطعمه) لو اقتصر على قوله ويضيف لكان أولى لدلالة الضيافة على الاطعام حموي (قوله ولا يملك حط الزيادة) كذا في الدرر وتعقبه عزمي زاده بما في البدائع حيث قال وان كان الحط من عيب ينظر ان كان بالمعروف جاز لانه من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشا جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز انتهى (قوله ولا يملك الحط من غير عيب) لانه ابراء لا يملكه (قوله متعلق برقبته) لانه دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة درر وكذا يتعلق بكسبه مطلقا سواء حصل قبل الدين أو بعده ويتعلق بما اتهب وان لم يحضره مولاه وعدم اشتراط حضرة المولى بالنسبة للكسب والاتهاب ولا تنافي بين تعلقه بالكسب والرقبة فيتعلق بهما ويبدأ بالاستيفاء من الكسب لامكان توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفى من الرقبة ولا يتعلق الدين بما أخذه منه مولاه قبل الدين لوجود شرط الخلوص له درر وظاهره تعلق الدين بما أخذه منه بعد لحوق الدين وليس كذلك الا اذا أخذ منه أكثر مما كان يأخذه قبل لحوق الدين فيرد الفضل فقط كما ذكره هو بنفسه حتى لو كان يأخذ منه كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له أن يأخذها بعد لحوقه والقياس أن لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان انه لو منع من أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب فيعود الضرر على الغرماء انتهى والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو اجرة غلام أو نحو ذلك قال في العناية ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ربحه يكون للغرماء وليس وضع الضريبة قبل لحوق الدين شرطا اذ له أن يضعها بعده كما في القهستاني عن الكرماني واعلم انه قبل لحوق الدين له أن يأخذ أكثر من غلة مثله وليس له أن يأخذ الاكثر بعده ذكره القهستاني أيضا (قوله يباع به) بحضرة مولاه أو نائبه لاحتمال أن يفديه بخلاف بيع الكسب حيث لا يشترط له حضرة المولى لان العبد خصم فيه تنوير وشرحه قال ولهم استسعاؤه أيضا زيلعي ومفاده ان زوجته لو اختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا بحر من النفقة ولم يذكر المصنف

الا ان يجيزه المولى ولم يكن عليه دين ولو كان مديونا ضمن المولى قيمته لغرماء المأذون على قولهما كذا في الاصل نقلا عن الايضاح (ولا يقرض ولا يهب) ولو بعوض (ولا يتصدق ويهدي طعاما يسيرا كالرغيف ونحوه ويضيف من يطعمه ويحط من الثمن بعيب) مثل ما يحط به التجار ولا يملك حط الزيادة ولا يملك الحط من غير عيب (ودينه متعلق برقبته) حتى (يباع) المأذون (به) أي بسبب الدين

من يتولى بيعه فقيل القاضي يجبر المولى على البيع قال في النهاية وليس له وجه صحة بل القاضي يبيع العبد هنا بدون رضا المولى بالاتفاق فان قيل كيف هذا على قول الامام فانه لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين حتى لا يبيع القاضي ماله بدون رضاه أجيب بأنه ليس في بيع المأذون بغير رضا المولى حجر عليه لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فكان بمنزلة التركة المستغرقة بالدين يبيعها القاضي اذا امتنع الورثة عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم قال في الشرنبلالية بعد ان ذكر كلام النهاية فاطلاق بيع القاضي أولا مقيد بما اذا لم يبع المولى حين أمره القاضي به بمنزلة التركة انتهى قلت ومقيد أيضا بما اذا امتنع من الفداء كما في القهستاني واعلم ان ما ذكره في النهاية من الجواب استشكله العلامة الحموي بأنه لا يحسم مادة الاشكال للفرق الظاهر بين المأذون والتركة المستغرقة اذ لا يثبت للورثة ملك فيها [redacted] الغريم على الوارث ولهذا لو أعتقوا عبدا منها لا يعتق بخلاف المأذون فان ملك الرقبة فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة عدم ملكهم لها اهـ

(تتمة) باع المولى العبد المأذون بعد الدين كان باطلا لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لو أعتقه المشتري بعد القبض يصح ويلزمه قيمته فلا يكون موقوفا كما في الذخيرة قهستاني (قوله ان لم يفده سيده) فيه اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور ولان الخصم في رقبة العبد هو المولى بخلاف الكسب فان الخصم فيه هو العبد كما سبق ويفده بفتح الياء من فداه (قوله لا يتعلق بالرقبة) لان رقبته ليست من كسبه ولانها ملك المولى والمولى غير الكسب للتعلق به دون الرقبة ولان غرضه بالاذن تحصيل ما لم يكن لا تفويت مال كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه بالاجماع ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك ولان تعلق الدين برقبته استيفاء حامل للغير على المعاملة معه فصلح غرضا للمولى من هذا الوجه ويفوت الضرر حق المولى بدخول ما اشترى في ملكه كذا في الكفاية للديري (قوله وما بقي طولب به بعد عتقه) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشتري يمتنع حينئذ عن شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء درر ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار به عبدا آخر وفي نفقة الزوجة يباع مرارا لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فيكون دينا حادثا بعد البيع كذا بخط شيخنا (قوله أي بحجر المولى) بأن يقول حجرتك عن التصرف أو وصله اليه خبر حجره ورسول الاخير لا بد من العدد والعدالة عند الامام واكتفيا بالواحد مطلقا وهذا اذا كذبه العبد فان صدقه صار محجورا اتفاقا ولو كان المخبر رسولا يحجر في الوجهين اتفاقا لان عبارة الرسول كعبارة المرسل هذا في الاخبار بحجره وأما الاخبار باذنه يكتفى فيه بالواحد اتفاقا ابن ملك (قوله ان علم به أكثر اهل سوقه) فلو حجر عليه بحضرة الاقل لم ينحجر حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز لانه انما بقي مأذونا في حق من لم يعلم فكذا في حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص زيلعي (قوله وقال الشافعي يصح الحجر الخ) لان المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا زيلعي (قوله ولو باعوه الخ) أي بايعوه (قوله وان باعه الذي علم بحجره) تقدم وجهه والمراد من باعه أي بايعه (قوله أي جنون المولى) يجوز جعل الضمير للعبد في البدائع جنون العبد مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا من أسباب الانحجار ولهذا قال عزمي زاده لو قال وموت احدهما ولو حكما وجنونه مطبقا لكان اتم واخصر وفي منية المفتي وينحجر أيضا بجنون نفسه ولحوقه مرتدا ولا يعود الاذن بافاقته انتهى (قوله وان لم يعلم به) أي بما ذكر من الموت والجنون واللحوق لانه حجر حكمي فلا يكون العلم من شرطه كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وكما لو أخرجه المولى عن ملكه وكالمفاوضة تبطل بملك احدهما ما تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان لم يملك احدهما ابطالها وفي الظهيرية وموت الاب حجر

(ان لم يفده سيده) بقضاء الدين بامر القاضي فان فداه لا يباع وقال زفر والشافعي لا يتعلق بالرقبة وانما يتعلق بالكسب فلا تباع رقبته في دين التجارة ويباع كسبه (ويقسم بين الغرماء) ثمنه بالحصص وما بقي طولب به بعد عتقه) أي بما بقي من الدين (و) ينحجر (بحجره) أي بحجر المولى (ان علم به) أي بالحجر (أكثر أهل سوقه) وقال الشافعي يصح الحجر عليه بغير علم العبد وأهل السوق هذا اذا علم بالاذن أهل السوق وان علم رجل أو رجلان أو ثلاثة فالحجر يكون بحضرة من هؤلاء ولا يصح بما دونه بان يحجره في بيته وان لم يعلم بالاذن الا العبد فالحجر يكون بحضرة من العبد ولا يصح اذا كان الحجر في بيته بغير محضر منه ثم العبرة لشيوع الحجر واشتهاره لا للحجر في السوق حتى لو حجر في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لا ينحجر ولو باعوه جاز وان باعه الذي علم بحجره وان حجر في بيته بمحضر من أهل السوق ينحجر (و) ينحجر ضمنا (بموت سيده وجنونه) أي جنون المولى مطبقا (ولحوقه) أي لحوق المولى بدار الحرب حال كونه (مرتدا) وان لم يعلم به اما غير المطبق كالمرض فلا ينحجر به

قوله ولحوقه مرتدا فقد تسامح فيه لان اللحاق بدون القضاء لا يكون كالموت عندنا كما افاده في رد المحتار شرح المجمع اه مصححه

على الصبي كموت وصي وعزله ولو عزل قاض اذن لصبي ومعتوه كانا على اذنهما حموي (قوله مادون السنة غير مطبق) هذا قول محمد كما في الشرنبلالية ونصه قال محمد اذا كان الجنون دون السنة فليس بمطبق والسنة وما فوقها مطبق وعن ابي يوسف أكثر السنة مطبق وما دونه فليس بمطبق نهاية عن الذخيرة ومنه تعلم ان ما عزاه الشارح للذخيرة بالنسبة لقول محمد (قوله وقال الشافعي لا يحجر) لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه لم يرض بتصرف عبده المتمرد والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره خواهر زاده فلنا ان نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها او بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر حيث كان مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة زيلعي (قوله قيل لا يعود) وهو الصحيح زيلعي ووجهه ان الاذن سقط بالحجر بالاباق والساقط لا يعود حموي (قوله وعند زفر لا تحجر) اعتبارا للبقاء بالابتداء وهو القياس وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتداء لان الصريح يفوق الدلالة ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون دلالة الاباحة ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة زيلعي واذا قال بعد الاستيلاد لا أريد الحجر عليها بقيت على اذنها حموي (قوله لا بالتدبير) لانعدام دلالة الحجر عيني (قوله وضمن بهما قيمتهما للغرماء) لاتلافه محلا تعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان تقضى حقوقهم درر (قوله معناه أن يقر بما في يده) هذا اذا لم يكن ما في يده حصل بمثل احتطاب حتى لو كان في يده مال حصل له بالاحتطاب ونحوه فأقر به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق شرنبلالية عن النهاية (قوله صح عند ابي حنيفة) لان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل تحققها درر (قوله فيقضي بما في يده) أشار به الى أنه لا يتعدى اقراره الى رقبته حتى اذا لم يف ما في يده بما عليه من الاقرار لا تباع رقبته فيه اجماعا ومحل صحة اقراره بالدين بعد الحجر أن لا يكون عليه دين بالاذن يستغرق ما في يده اذ لو كان لا يصح بالاجماع وأن لا يكون اقراره بدين بعد ان حجر عليه ببيعه فانه اذا أقر بالدين في يد المشتري لا يصدق بالاتفاق شرنبلالية عن النهاية (قوله وقالا لا يصح اقراره) لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة درر (قوله لانه لو أقر بالجناية الموجبة للدفع الخ) لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتق أيضا لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرارا على نفسه فلا يصح أصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء حموي ولو أقر باقتضاض حرة وأمة باصبعه يلزمه أبو يوسف الضمان للحال فيدفعه مولاه أو يفديه لان اقراره بضمان المال صحيح وقالا لا يؤاخذ به في الحال لان اقراره وان كان ضمان مال لكنه لم يجب عوضا عن مال فليس في معنى التجارة فلا يؤاخذ به الا بعد العتق وان اقر انه اقتضها بذكره يجب الحد ولا يجب المال اتفاقا ابن ملك في شرح المجمع قال واقتض بالقاف أي ازال بكارتها والمراد بالامة امة الغير ولهذا قيدها الحموي عن البدائع بما اذا كانت غصبا وعلى هذا الاختلاف المكاتب فاذا اقر انه اقتض حرة او امة باصبعه ثم عجز ورد في الرق فعند ابي يوسف يؤخذ به للحال وعند الامام بعد العتق ومحمد مع ابي يوسف ان عجز بعد ان قضى عليه بالمهر للحرة وبالعقر للامة وان عجز قبل القضاء عليه فمع ابي حنيفة ابن ملك (قوله فيبطل تحريره عبدا من كسبه) ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو ملكه عتق ولو اتلف المولى ما في يده من الرقيق ضمن ولو ملكه لم يضمن خلافا لهما بناء على ثبوت الملك وعدمه تنوير وشرحه وعلى هذا الخلاف اذا ادعى نسب عبد مأذونه يثبت وعليه القيمة عندهما للغرماء شرنبلالية عن البرهان ولو استولد جارية عبده المأذون وعليه دين محيط صارت ام ولده ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه باق وعنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز

للمولى

كذا مادون السنة غير مطبق في الذخيرة ولو اغمي عليه لا يصير محجورا (و) يحجر (بالاباق) وقال الشافعي لا يحجر ثم ان عاد من الاباق هل يعود وقيل لا يعود وقيل يعود (والاستيلاد) أي تحجر الامة المأذونة في التجارة اذا ولدت من مولاها فادعاه المولى هذا عندنا وعند زفر لا تحجر (لا بالتدبير) أي لا تحجر (و) لكن (ضمن) المأذون بالتدبير والاستيلاد (بهما) أي بالاستيلاد والتدبير (قيمتهما للغرماء) لو كان عليها دين (وان أقر بعد حجره بما في يده) صح عند ابي حنيفة معناه أن يقر بما في يده انه أمانة لغيره أو غصبه منه أو يقر بدين عليه فيقضي بما في يده وقالا لا يصح اقراره ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه وانما قيد بما في يده لانه لو أقر بالجناية الموجبة للدفع او الفداء لا (ولم يملك سيده ما في يده لو احاط دينه بماله ورقبته) أي لم يملك سيده ما في يده (فيبطل تحريره) أي تحرير المولى (عبدا من كسبه) هذا عند ابي حنيفة

للمولى ان يتزوجها ولو اعتقها المولى وعلى العبد دين محيط ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند ابى حنيفة لان العتق توقف عنده على ان ينفذ عند ملكه الجارية الاترى انه لو قضى دين الغرماء او ابرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد زيلعى وفى قول المصنف فبطل تحريره بحث اذ يفهم منه انه لا ينفذ ولو قضى دين الغرماء وهذا قول الحسن وعامة اصحابنا على انه ينفذ لان توقفه كان لحقهم فاذا اسقط بالقضاء او الابراء نفذ من حين وجد وعلى هذا لو اعتق وارث عبدا من تركة مستغرقة وقضى الدين نفذ خلافا له بخلاف ما لو اعتق كسب مكاتبه اذ المكاتب كالحر فى اكسابه ويمكن ان يقال المراد انه باطل ما لم يوجد ما يقتضى النفاذ من قضاء ونحوه حموى عن المقدسى (قوله وقالا يملك الخ) لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهو دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه درر (قوله ويغرم قيمته) ولو معسرا ولهم ان يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع على المولى درعن ابن الكمال (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته صح تحريره الخ) بلا خلاف اما عندهما فظاهر وكذا عنده فى قوله الآخر لانه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن وفى قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما فى الرهن عينى (قوله لا على قوله لو احاط) لانه لو عطف عليه لتقيد بقوله ولا يملك سيده الخ وهو لا يطابق قوله صح حموى (قوله ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة) لان المأذون بعد كونه مديونا صار كالاجنبى عن مولاه فى ماله الذى فى يده حتى لو اخذ مولاه منه شيئا يؤمر برده عليه لكن لما كان المولى متهما فى حقه اعتبر ان يكون ذلك البدل مثل قيمته او اكثر فان قلت كيف اجاز ابو حنيفة هذا البيع ولم يجوز بيع المريض من وارثه شيئا بمثل القيمة لحق سائر الورثة قلت حق الورثة متعلق بعين التركة وحق الغرماء فى المالية دون العين حتى جاز للمولى ان يستخلص اكسابه بقضاء الدين قيد بالمولى وبمثل القيمة لانه لو باع من اجنبى بغبن فاحش يجوز عند ابى حنيفة خلافا لهما ولو باع من المولى بغبن يسير لا يجوز عنده خلافا لهما ابن ملك (قوله اما اذا لم يكن عليه دين فلا يجوز بيعه الخ) لان المولى حينئذ يكون بائعا ومشتريا من نفسه (قوله لم يجز مطلقا) للتهمة بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لانه لا تهمة فيه عينى (قوله وقول بعض المشايخ) الصواب حذف الواو ويدل عليه قول الشارح فيما سيأتى فى عكس هذه المسئلة حيث قال ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابى حنيفة وهو قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول (قوله وقيل الصحيح الخ) قال الزيلعى والاصح ان قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبى والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما انتهى (قوله وان باع سيده منه الخ) لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين ولا تهمة فى هذا البيع (قوله ويبطل الثمن لو سلم المولى المبيع الخ) لانه بتسليم المبيع اسقط حقه فى الحبس وتعلق به حق الغرماء لانه صار من كسب العبد وبقى الثمن دينا فى ذمة العبد فبطل لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فاذا اخذ الثمن اولا اعطاه بازائه عوضا وكان استخلاصا لكسب عبده فجاز وقيل لا يبطل الثمن وان سلم المبيع اولا لانه يجوز ان ينعقد البيع ويتراخى وجوب الثمن كما تأخر فى البيع بالخيار الى وقت سقوطه قال صاحب المحيط هذا القول هو الصحيح ابن ملك قال العينى وعن ابى يوسف ان للمولى استرداد المبيع ان كان قائما فى يد العبد وبحبسه حتى يستوفى الثمن ثم رأيت بخط السيد الحموى نقلا عن الرمز انه تعقب ابن ملك حيث عزى للمحيط تصحيح عدم بطلان الثمن فليراجع (قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا) لان حقه تعلق بالعين فلا يكون دينا فللمولى ان يطالبه كما لو اودعه مالا فيكون المولى احق به

وقالا يملك ما فى يده من كسبه وينفذ عتقه فى عبده ويغرم قيمته للغرماء (وان لم يحط) اى وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته (صح) تحريره عبدا من كسبه قوله وان لم يحط معطوف على مجموع الشرط والجزاء لا على قوله لو احاط (ولم يصح بيعه) اى بيع العبد المأذون شيئا (من سيده الا بمثل القيمة) هذا اذا كان عليه دين اما اذا لم يكن عليه دين فلا يجوز بيعه من المولى ولا بيع المولى منه فان باعه من المولى بنقصان القيمة لم يجز مطلقا فاحشا كان الغبن او يسيرا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع وهذا الذى ذكرنا على قول ابى حنيفة وقول بعض المشايخ وقيل الصحيح ان قوله كقولهما (وان باع سيده منه بمثل قيمته او اقل صح ويبطل الثمن لو سلم) المولى المبيع الى العبد المأذون المديون (قبل قبضه) اى قبل قبض الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فحينئذ لا يبطل

من سائر الغرماء ابن ملك (قوله وله حبس المبيع بالثمن) لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان احق به من سائر الغرماء عينى (قوله ويحتمل ان يكون البيع فاسدا) وهو قول بعض المشايخ وعلى هذا لا يكون للمولى خيار رفع المحاباة مع امضاء البيع بل يتحتم نقضه (قوله كما فى الفصل الاول) وهو ما اذا باع المأذون من سيده شيئا بأقل من قيمته (قوله وصح اعتاقه) بالاجماع لقيام ملكه فيه عينى ولا فرق بين ان يكون مديونا بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال كما فى الشرنبلالية واذا صح عتق المستغرق ووجب ضمان الاقل من القيمة ومن الدين فغير المستغرق بالاولى صرح به القهستانى ومن هنا تعلم سقوط اعتراض عزمى على الزيلعى ولا فرق فى ضمان الاقل من القيمة ومن الدين بعتق المديون بين ان يكون للمولى علم بما عليه من الدين او لم يكن بخلاف ما لو اعتقه عالما بجنايته فانه يكون مختارا لجميع الفداء ذكره فى منية المفتى قال شيخنا وهذا معنى ما فى الشرنبلالية عن النهاية حيث قال فصارت مسئلة المديون مخالفة لاعتاق الجانى من حيث العلم ومقدار الضمان وكما يصير مختارا للفداء فيما اذا اعتقه عالما بجنايته فكذا اذا باعه مع العلم بها والفرق بين بيع الجانى عالما بجنايته حيث يلزمه كل الارش بخلاف بيع المديون مع العلم بدينه حيث لا يلزمه الا الاقل منه ومن القيمة أن الدين على العبد وموجب الجناية على المولى فاذا تعذر الدفع تعين الارش (قوله ضمن الدين لا غير) لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء وان شاؤا اتبعوا العبد بكل ديونهم وباتباع احدهما لا يبرأ الآخر فهما ككفيل مع مكفول عنه بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب لكون الضمان واجبا على احدهما فاذا اختار تضمين احدهما برئ الآخر ضرورة وبخلاف ما اذا دبره فانه يصح ولا يتخير الغرماء كعتقه الا ان من اختار احد الشيئين ليس له الرجوع زيلعى ودرر ولو اختار بعضهم اتباع السيد وبعضهم اتباع العبد فالذى يتبع العبد يؤاخذه بجميع دينه والذى يتبع السيد يأخذ منه جميع حقه ان كان مثل القيمة وما يأخذه من المولى يشاركه فيه الباقون وما يأخذه من العبد لا الا اذا كان اصل الدين مشتركا كذا فى التكملة للديرى وان كان المأذون له مدبرا أو ام ولد لا يجب الضمان للغرماء باعتاقهما لان حقهم لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا عينى ولا يسقط الضمان عن المولى اذا أعتقه باذن الغرماء وليس هذا كعتق الراهن باذن المرتهن وهو معسر حيث لا يضمن لانه قد خرج من الرهن باذنه والمأذون لا يبرأ عن الدين باذن الغريم بعتقه ابن ملك (قوله وطولب بما بقى بعد عتقه) لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان وما قبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون بخلاف ما اذا قبض أحدهم شيئا من القيمة التى على المولى حيث يثبت فيه حق الشركة للباقين لان القيمة وجبت لهم بسبب واحد وهو العتق بخلاف الدين الا اذا وجب بسبب واحد فانه يكون مشتركا بينهم (قوله فان باعه سيده الخ) أى باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان لم يكن كذلك فلا ضمان على المولى كما فى الشرنبلالية وكذا لا ضمان على المولى اذا كان البيع باذن القاضى كما فى شرح المجمع والتكملة للديرى (قوله أى العبد المديون) يحتمل ان يقرأ بالنصب او الجر لانه يحتمل ان يكون بيانا للضمير المنصوب فى باعه أو المجرور فى سيده والاول أظهر كما لا يخفى (قوله وغيبه) قيد به لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى ديونهم عينى وفى قول المصنف وغيبه منابذة لقوله وان وجد المشترى فلو قال وغاب لكان أولى من غيبه ولا وجود لقوله وان وجد المشترى فى المتن الذى شرح عليه العينى وعليه فالتعبير بغيبه مستقيم (قوله ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رد عليه قبل القبض مطلقا او بعده

(قوله حبس المبيع بالثمن) اى المولى
ان يحبس المبيع ولا يسلمه الى العبد
بسبب الثمن وانما قيد بقوله بمثل قيمته
او اقل لانه لو باع المولى متاعه من عبده
بأكثر من قيمته بقليل او كثير فالزيادة
لا تسلم للمولى ويكون المولى بالخيار ان
شاء نقض البيع وان شاء حط الفضل
من القيمة كذا ذكره شمس الائمة
السرخسى وغيره فى شرح المبسوط من
غير ذكر الخلاف ويحتمل ان يكون
البيع فاسدا عند ابى حنيفة وهو
قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول
كذا فى الكافى (وصح اعتاقه) اى
اعتاق المولى العبد المأذون (و) لكن
(ضمن) المولى (قيمته لغرمائه) اذا
كانت مثل الدين او اقل وان كان
الدين اقل من القيمة ضمن الدين
لا غير (وطولب) العبد (بما بقى) من
الدين (بعد عتقه فان باعه سيده)
اى العبد المديون وعليه دين يحيط
برقبته وقبضه المشترى (وغيبه)
المشترى (ضمن الغرماء البائع) وهو
المولى (قيمته فان) وجد المشترى العبد
بعد التضمين و(رد) العبد (عليه)
اى على البائع (بعيب رجع بقيمته)
على الذى اخذه منه (و) يكون
(حق الغرماء فى العبد) او مشتريه)
عطف على البائع

بالقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رد عليه بخيار رؤية أو شرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما زيلعي وتعقبه الشلبي بان المسئلة مفروضة فيما اذا غيبه المشتري بعد قبضه فكيف يصح قوله اذا رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازي في شرحه (قوله أي ضمن الغرماء البائع او مشتريه) ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعي الغرماء أكثر مما ضمن وان كمال حقهم لم يصل بزعمهم وبينهما تفاوت لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز ان تكون قيمته مثل ما ضمن او أقل ولا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر كذا في الزيلعي وينحل الاشكال بما ذكره الشلبي عن خط قارئ الهداية حيث قال ولقائل ان يقول لا يشترط في ثبوت الخيار لهم ان تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم ان يردوا واما أخذوا وان كانت قيمته مثل ما ضمن او أقل لان لهم فيه فائدة وهو حق استيعابه بجميع دينه انتهى ومن هنا يعلم سقوط ما نقله السيد الحموي عن المقدسي حيث أجاب بحمل ما في النهاية على ما اذا ثبت بعد ظهور العبد كون القيمة أكثر مما ضمن اذ ما ذكره من هذا الحمل يأباه ما وقع التصريح به في النهاية من قوله وان كان حقهم لم يصل اليهم بزعمهم لان الزعم يستعمل في غير المطابق للواقع (قوله رجع المشتري على البائع بالثمن) لان أخذ القيمة منه كأخذ العين درر وأشار بقوله بالثمن الى أنه لا يرجع بما ضمن بل بما اداه للبائع من الثمن وما بقي من القيمة لا مطالبة له على البائع به وظاهر ان هذا فيما اذا كانت القيمة أكثر من الثمن شرنبلالية وصار كانه اشتراه من الغرماء ابتداء كذا بخط شيخنا (قوله لم يرجعوا على الآخر) لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الآخر (قوله واعلم المشتري بالدين) يعني مقرا به لا منكرا در (قوله فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته و في كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده عيني (قوله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم) وكان الدين حالا والبيع بغير طلب الغرماء والا فالبيع نافذ زوال المانع درر وكذا ينفذ اذا كان باذن القاضي كما قدمناه (قوله أما اذا باع بثمن يفي ديونهم فليس لهم رد البيع) وان كان فيه محاباة خلافا لما في الدرر من قوله وان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة ليس للغريم رد البيع لانه كما في الشرنبلالية اذا كان به وفاء لا اعتراض للغريم سواء حابى المولى أم لا (قوله سقوط الخيار الخ) حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء شرنبلالية (قوله وغاب البائع الخ) وان غاب المشتري فالبائع ليس بخصم اجماعا حتى يحضر المشتري لان الملك واليد له ولا يمكن ابطالهما وهو غائب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم تضمين البائع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق زيلعي (قوله وعند أبي يوسف المشتري خصم لهم الخ) لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قائم بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب عناية (قوله فالمشتري او الموهوب له ليس بخصم عندهما) لان دعوى الشفعة تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عندهم وفي قول الشارح أو الموهوب له نظر لان حق الشفعة انما يثبت اذا كان التمليك بطريق المبادلة ويجاب بأنه أراد الهبة بشرط العوض (قوله فيصدق استحسانا)

اي ضمن الغرماء البائع او مشتريه (او اجازوا البيع واخذوا الثمن) ثم ان ضمنوا المشتري قيمته رجع المشتري على البائع بالثمن وايهما اختار الغرماء تضمينه برئ الآخر حتى لو تلفت القيمة على الذي اختاروه لم يرجعوا على الآخر (فان باعه سيده) من رجل (واعلم) المشتري (بالدين) ثم جاء الغرماء بعد ما قبض المشتري العبد (فللغرماء رد البيع) اذا باع بثمن لا يفي بديونهم اما اذا باع بثمن يفي بديونهم فليس لهم رد البيع وفائدة الاعلام سقوط الخيار للمشتري في الرد بعيب الدين (فان باع) عبده المأذون وسلمه الى المشتري (وغاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) معناه اذا انكر المشتري الدين عندهما وعند ابي يوسف المشتري خصم لهم فيه فيسمع بينتهم عليه ويقضى لهم وانما قلنا معناه اذا انكر بديونهم لانه اذا اقر المشتري بديونهم وصدقهم في دعوى الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بلا خلاف كذا في شرح الهداية نقلا عن الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا فباعها رجلا او وهبها وسلمها اليه وغاب ثم حضر الشفيع فالمشتري او الموهوب له ليس بخصم لهم عندهما خلافا له وروى ابن سماعة عنهما مثل قول ابي يوسف في مسئلة الشفعة (ومن قدم مصرا وقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل

والقياس أن لا يصدق لحديث البينة على المدعي وكذا القياس أن تشترط العدالة في المخبر لان جانب الصدق يترجح بها وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك والاجماع حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ماضاق على الناس أمره اتسع حكمه وماعمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها (قوله وثانيهما ان يبيع ويشتري ولايخبر الخ) فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن أيضا لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على الصلاح فيكتفي بظاهر حاله دفعا للضرر عن العباد زيلعي وتعليله بقوله لان عقله ودينه الخ يشير الى قصر الحكم على مااذا كان المأذون مسلما فلينظر حكم مااذا كان ذميا (قوله لاتباع حتى يحضر سيده) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانه خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد وان أقر العبد بالدين وباع القاضي أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كلف القاضي الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها والا ردوا على المولى جميع ماقبضوا من ثمن الاكساب فلا تنتقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لان للقاضي ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى ان يعتق العبد حموي عن الاتقاني (قوله ويطالب بعد العتق) وكذا يطالب بعد العتق في الاقراض والاعارة منه كما سيجيء في جناية العبد والصبي كذا بخط شيخنا (قوله وان أذن للصبي الخ) لما فرغ من بيان اذن العبد شرع في بيان اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه ولان اذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف اذن الصبي فان فيه خلاف الشافعي دري (قوله الذي يعقل) صفة لكل من الصبي والمعتوه لا للمعتوه فقط حموي وللصبي والمعتوه ان يأذن لعبده أيضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى زيلعي بخلاف ما اذا أذن المعتوه لابنه حيث لا يصح لانه مولى عليه فلا يلي على غيره وكذا لا يملك الصبي ولا المعتوه المأذون لهما ان يتزوجا أو يزوجا مماليكهما الا باذن الولي بالتزويج او تزويج الامة لا العبد واعلم ان تصرفات الصبي والمعتوه على ثلاثة اقسام الاول مالا يتوقف نفاذه على الاذن لكونه نفعا كالاسلام والاتهاب الثاني مالا ينفذ أصلا ولو بالاجازة لكونه ضررا كالطلاق والعتاق ولو على مال فانهما وضعا لازالة الملك وهي ضرر محض ولا يرد سقوط النفقة بالاول وحصول الثواب بالثاني وغير ذلك مما لم يوضع لذلك اذ لا اعتبار للوضع وكذا الهبة والصدقة وفيه اشارة الى أنه لو اجاز هذه التصرفات بعد البلوغ لم يصح الا اذا كان بلفظ يصلح لابتداء العقد كقوله أوقعت ذلك الطلاق او العتاق والى انه لا تصح هذه التصرفات من غيره كالاب والوصي والقاضي ويستثنى مواضع الضرورة كما لو تحقق حاجة الى الطلاق او العتاق لدفع الضرر صح ذلك حتى انه اذا كان مجبوبا وخاصمته امرأته فيه ففرق بينهما كان ذلك طلاقا عند بعض أصحابنا قهستاني الثالث مااحتمل النفع والضرر فيه توقف على الاذن من الولي كالبيع والشراء والنكاح فان قلت بالاسلام يحرم من ميراث ابيه الكافر ويفرق بينه وبين زوجته الكافرة قلت جوابه ماذكره القهستاني من ان هذا لا يضاف الى اسلامه بل الى كفرهما على ان هذا من أحكامه اللازمة دون الاصلية التي احدها سعادة الدارين انتهى وغير خاف ان التفريق بينه وبين زوجته الكافرة بالنسبة لغير الكتابية لا يقال قد يقع بيعه نفعا محضا بأن يكون بضعف قيمته فينبغي أن ينفذ بلا اجازة لان العبرة بأصل وضعه دون ماعرض باتفاق الحال والبيع بأصله متردد بخلاف قبول الهبة فانه محض نفع زيلعي (قوله كالعبد المأذون) الا ان الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وان كان عليهما دين ولا يصح اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق ان اقرار الولي عليهما اقرار على الغير فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو في الذمة لانهما حران واعلم انه لا خلاف في صحة الاذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشراء اذا بلغ معتوها أما من بلغ عاقلا ثم عته ففيه خلاف قال البلخي لا يصح اذنه قياسا وهو قول

وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء وفي الاستحسان يثبت الاذن (و) اذا لزمته ديون ولا يكون في كسبه وفاء (لاتباع) الرقبة (حتى يحضر سيده فان حضر وأقر باذنه بيع) في الدين (والا) اى وان لم يقر وقال انه محجور (لا) يباع والقول قوله وعلى الغرماء البينة فان اقاموا باع والا لا ويطالب بعد العتق (وان اذن للصبي) الذي يعقل (او المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه واحد منهما فهو) اى كل واحد منهما (كالعبد المأذون) (في الشراء والبيع) حتى ينفذ تصرفه ولا يتقيد بنوع دون نوع

ابي

ابي يوسف رحمه الله تعالى و يصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله تعالى وهذا بخلاف ما اذا عته الاب او جن فانه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله انما يثبت له ولاية التزويج زيلعي وديري (قوله ويصير مأذونا بالسكوت) هذا في الاب والجد والوصي لا في القاضي ديري (قوله ويصح اقراره الخ) مطلقا سواء كان ما في يده عينا او دينا او لبيه اولغير وليه واورد عليه ان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (قوله من كسبه) مقتضى التقييد بالكسب عدم صحة اقراره بموروثه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك كيلا يمتنع الناس من معاملته وهي معدومة في الموروث وفي ظاهر الرواية لا فرق لان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغ ولهذا انفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفاته بالغبن الفاحش كالبالغ ديري (قوله وقال الشافعي تصرف الصبي الخ) اصل الخلاف ان عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا في النافع المحض والمتردد وعنده غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز وبيان الدليل من الجانبين مذكور في الهداية وغيرها (قوله واعلم ان وليه اب الخ) واما ما عدا الاصول من العصبة كالاخ والعم او من غيرهم كالام او وصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة زيلعي (قوله ثم الوالي) اي من له ولاية تقليد القضاء وهو اكبر من صاحب الشرطة بالسكون والحركة والمراد به امير البلدة كامير بخارى كذا في المغرب ذكره في النهاية (قوله او القاضي او وصيه) انما سمي وصيا مع ان الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه هنا يصير خليفة للاب كان الاب جعله وصيا فان فعل القاضي يصير كفعل الاب فمعنى الكلام ان وليه ابوه ثم وصيه بعد الموت ثم الجد ان لم يكن الاب ولا وصيه ثم وصيه بعد موته ثم القاضي او وصيه ايهما تصرف صح شمني على النقاية وقوله ايهما تصرف صح يفيد ان وصي القاضي يصح تصرفه مع وجود القاضي فتصرف الوالي مع وجود القاضي يكون اولى باوجه ماسبق عن النهاية من ان المراد بالوالي من له ولاية تقليد القضاء (تتمة) يحجر المأذون بموت من صدر منه الاذن مطلقا ولي كان اولا كالاب والوصي بخلاف القاضي حيث لا يحجر بموته ولا بعزله لانه حكم الا يحجر قاض آخر درعن شارح الوهبانية وكما لا يحجر بعزل القاضي الذي صدر منه الاذن او بموته فكذا لو مات ابوه او وصيه لعدم صدور الاذن منهما غاية البيان (قوله فاما الام او وصيها الخ) فان قيل أليس اب وصي الام لو باع العروض الذي ورثها الصغير من الام يجوز قلنا انما يجوز بطريق التحصين على الصغير لا انه تجارة حتى انه لو اشترى شيئا آخر لليتيم لا يجوز وليس في الاذن تحصين شيخنا عن النهاية

(كتاب الغصب)

(قوله المناسبة الخ) ذكر الديري وغيره من شراح الهداية في وجه المناسبة ان تصرف المأذون بالاذن الشرعي وتصرف الغاصب فيه المنع الشرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة ولما كان الاذن مشروعا بخلاف الغصب قدم المأذون عليه الخ (قوله ان الغصب من انواع التجارة) يعني مالا حموي (قوله لا يملكها الغاصب) يعني قبل الضمان او قبل التصرف في المغصوب بما يزيل اسمه حموي (قوله والعبد كما كان محجورا الخ) هذا لا يشبه ما الكلام فيه كما هو ظاهر حموي لان الكلام في المناسبة بين الغصب والمأذون لا بينه وبين المحجور شيخنا (قوله اخذ الشئ) متقوما اولا حتى يقال غصب زوجة فلان وخمره درر وذكر المثالين ليبين انه لا فرق بين ما اذا كان مالا وليس بمتقوم كالخمر او ليس بمال اصلا كالزوجة شرنبلالية

و يصير مأذونا بالسكوت و يصح اقراره عما في يده من كسبه الى غير ذلك وقال الشافعي تصرف الصبي لا يجوز قوله يعقل اي يعلم كون البيع سالبا للملك جالبا للربح كذا في الهداية وذكر في الخانية معناه انه يعرف الغبن الفاحش من اليسير حتى لو لم يعرف ذلك لا يصح الاذن واعلم ان وليه اب ثم وصيه ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم الوالي او القاضي او وصيه فاما الام او وصيها فلا يصح وكذا امير البلد

(كتاب الغصب) ان الغصب من انواع التجارة حتى ان اقر المأذون به صح كما يصح بدين التجارة ولم يصح بدين المهر لانه ليس من التجارة والعين المغصوبة لا يملكها الغاصب كالعبد المأذون لا يملك ما اكتسبه فيما لاه كما كان محجورا من التصرف فيما لا يملك بدون اذنه فكذلك الغاصب وهو في اللغة اخذ الشئ ظلما وقهرا يقال غصبت عن الرجل الشئ وغصبته منه وغصبته اياه غصبا ويقال للمغصوب غصب ذلك شرعا

وفي المصباح المنير غصب غصبا من باب ضرب ويجمع على غصاب ككافر وكفار ويتعدى الى مفعولين فيقال غصبته ماله ويطلق على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه يقال غصبني فلان على فعل كذا دري وطوري (قوله تسمية بالمصدر) والعلاقة التعلق الذي بين اسم المفعول والمصدر شيخنا (قوله أخذ مال) هو بمنزلة الجنس درر وفيه تلميح الى ان به أيضا حصل الاحتراز عن بعض الاشياء كالميتة على ما أفصح عنه صدر الشريعة فهو ليس بجنس حقيقة عزمي يعني لان الجنس من شأنه الادخال فلهذا كان بمنزلته وخرج بالاخذ ما لو غصب دابة فتبعتها أخرى او ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه (قوله محترم) تأكيد لقوله متقوم اذ كل متقوم محترم وانما قال محترم لانه قد يكون المغصوب محترما عند المغصوب منه ولا يكون متقوما عند الغاصب كالخمر دري عن الفوائد الحميدية واقول فيه نظر ظاهر اذ مال الحربي لا ينكر تقومه مع انه غير محترم فجعله المحترم تأكيدا للمتقوم بناء على ما زعم من ان كل متقوم محترم غير مسلم (قوله بغير اذن المالك) لا يحتاج اليه مع قوله اثبات اليد المبطلة شلبي اعلم ان الموقوف مضمون بالاتلاف مع انه ليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع فلو قال بلا اذن من له الاذن كما فعل ابن الكمال لكان اولى در (قوله وزاد في الكافي الخ) ينبغي ان يزاد على التعريف كون المال المأخوذ قابلا للنقل فيخرج العقار لعدم تحقق الغصب فيه خلافا لمحمد وسيذكر الشارح ما به يحصل الاحتراز عن السرقة (قوله وفرع على القصر مسئلة استخدام عبد الغير الخ) ظاهره انه لا يصح تفريعهما على الازالة ومقتضى قوله وفرعهما في المتن على الازالة صحة التفريع حموي (قوله ولا في خمر المسلم الخ) لان الخمر وان كانت مالا الا انها غير متقومة في حق المسلم حتى لو كانت لذمي يضمنها خلافا لظاهر ما في الدرر حيث جعل التقييد بالمتقوم للاحتراز عن الخمر ولهذا قال في العزمية وهو محل تدبر فان الغصب يجري في مال الكافر لا محالة فالداعي الى اخراجه عن تعريف الغصب ولعل الصواب ان يقال عن خمر المسلم كما ينبأ عنه عبارة صدر الشريعة انتهى (قوله ولا في مال الحربي الخ) كذا في النهاية والتبيين مع زيادة كونه في دار الحرب شرنبلالية (قوله كزوائد المغصوب) وكذا لو طلبها المالك فمنعها الغاصب ضمن بالاجماع شلبي عن الاتقاني (قوله ازالة اليد الخ) هذا ركنه واما شرطه فكون المغصوب مالا متقوما قابلا للنقل فان قيل وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد مع انه لم يزل يدا وتضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان الضمان في هذه المسائل لا من حيث تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي كما في العناية وقال الدري في التكملة وقد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب ان ساواه في حكمه كجحود الوديعة لانه لم يوجد الاخذ ولا النقل انتهى اذا علمت هذا ظهر سقوط ما اورده الشلبي معزيا للخانية وجرى عليه بعضهم من انه اذا قتل انسانا في مفازة وترك ماله ولم يأخذه فانه يكون غصبا مع عدم اخذ شئ وما اذا غصب عجلا فاستهلكه حتى يبس لبن امه يضمن قيمة العجل ونقصان الام وان لم يفعل في الام شيئا لما علمت من ان وجوب الضمان لا باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي وان لم يتحقق الغصب (قوله المحقة) اي الكائنة على الحق من احق فالهمزة للكينونة او المثبتة اياه فالهمزة للتعدية ثم النسبة بين ازالة اليد واثباتها بالعموم والخصوص الوجهي فانهما يجتمعان في اخذ شئ من يد مالكه بلا رضاه ويفترقان في زوائد المغصوب وتبعيد المالك فان في الاول يوجد اثبات اليد ولا توجد ازالتها وفي الثاني بالعكس (قوله وعند الشافعي الخ) وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانهما لا يضمنان عندنا اذا هلكا بغير صنع الغاصب خلافا له (قوله فيخرج السرقة) قد يقال تركه هنا استغناء بذكره الخفية في تعريف السرقة لان قيد الخفية في تعريف السرقة للاحتراز عن الغصب (قوله فالضمان لا غير) يعني اذا هلك المأخوذ

تسمية بالمصدر وفي الشرع أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ان كان في يده وزاد في الكافي على هذا قوله أو يقصر يده ان لم يكن في يده وفرع على القصر مسئلة استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير وفرعهما في المتن على الازالة والغصب شرعا لا يتحقق في الميتة والحر لانه ليس بمال ولا في خمر المسلم لانها ليست بمتقومة ولا في مال الحربي لانه ليس بمحترم ولا فيما أذن المالك بأخذه كالوديعة ولا فيما لا يزيل يد المالك عنه كزوائد المغصوب فالغصب عندنا (هو ازالة اليد المحقة باثبات) أي مع اثبات (اليد المبطلة) وعند الشافعي هو اثبات اليد المبطلة ولا يشترط ازالة اليد واعلم انه لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة وحكمه الاثم ان علم ورد العين قائمة والغرم هالكة وان كان بدون العلم بأن ظن ان المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه فالضمان لا غير (فالاستخدام)

والا

والا فالواجب الاصلي رد العين لانه اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا ويبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فأكله المالك ولا يدري انه ملكه فلو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم كما في قبض المثل او القيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على ان الواجب هو المثل او القيمة زيلعي قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع من رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء ان ما هو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك وعن مسئلة الكفالة بأن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا في مسئلة الابراء كذا في العناية لكن قوله لو كان القيمة الموجب الاصلي لجاز للغاصب ان يمتنع من رد العين الخ اجاب عنه الزيلعي بقوله وكونه اي المثل او القيمة لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها (قوله اي استخدام عبد الغير) وان لم يكن له علم بانه عبد لغيره وهذا اذا استعمله في امر نفسه اما اذا استعمله لا في امر نفسه لم يكن غاصبا وفي استخدام المشترك بدون اذن الشريك خلاف وكلام القهستاني يشير الى ان الراجح هو الضمان على عكس ما يشير اليه كلام منية المفتي والخلاف بالنسبة لاستخدام العبد المشترك بدون اذن الشريك اما ركوب الدابة المشتركة بدون اذن الشريك فموجب للضمان بالاتفاق على ما يفهم من سياق كلام القهستاني والمنية (تتمة) غاب احد شريكي دار غير مقسومة للآخر ان يسكن بقدر حصته فيسكن كل الدار كذا في منية المفتي وقوله بقدر حصته يعني بطريق المهايأة من حيث الزمن فلا ينافي ما بعده (قوله وحمل الدابة) كذا ركوبه وهذا اذا حولها من مكانها وهو الصحيح لان غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل كما في الشرنبلالية الا اذا تلفت بنفس الحمل أو الركوب لوجود الاتلاف بفعله وكما يضمن باستعمال الدابة المشتركة بغير اذن شريكه فكذا يضمن ببيع حصته منها وتسليمها للمشتري بغير اذن شريكه كما في فتاوى قارئ الهداية (قوله لا جلوسه على البساط) لان يد المالك لم تزل عنه ولا قصرت لان فعل المالك وهو البسط باق ابن ملك (قوله وقد فرع على هذا الخ) الاشارة لما مر من اعتبار الازالة والاثبات عندنا أو الاثبات فقط عند الشافعي وفرع مبني للمجهول والمفرع صدر الشريعة حموي (قوله وهذا غير مستقيم) أي ما ذكر من التفريع حموي أما في تبعيد المالك عن المواشي فظاهر كلام الزيلعي ان عدم ضمانها اتفاقي وأما في قلع الغرس فالضمان على القالع كذا ذكره شيخنا واذا علم عدم الضمان في تبعيد المالك فكذا اذا حبس حتى ضاع ماله واعلم ان ما عزاه بعضهم للزيلعي من عدم الضمان في هذه المسائل غير صحيح لان الزيلعي لم يذكر سوى مسئلة حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت والذي يظهر لي في هذه المسئلة انه يضمن لا من حيث تحقق الغصب بل من حيث ان التعدي قد وجد (قوله لان اثبات اليد لم يوجد في هذه المسائل) تعليل لقوله وهذا غير مستقيم يعني ان التفريع لا يكون صحيحا الا لو كان مجرد الازالة كافيا لتحقق الغصب وليس كذلك وقول السيد الحموي فيه أي في قول الشارح لان اثبات اليد لم يوجد نظر لانه صريح في ان اثبات اليد يكفي في تحقق الغصب بدون الازالة وليس كذلك غير مسلم لان المراد من قوله لان اثبات اليد لم يوجد أي منضما الى الازالة فالشرط في تحقق الغصب مجموع الازالة مع الاثبات خلافا لما يظهر من هذا التفريع اذ هو يستلزم الاكتفاء بالازالة وليس كذلك فسقط التنظير واعلم ان ما ذكره الشارح من ان التفريع

أي استخدام عبد الغير (وحمل الدابة) غصب (لا جلوسه على البساط) والفاء للتفريع وزوائد الغصب غير مضمونة عندنا خلافا للشافعي وقد فرع على هذا تبعيد المالك عن المواشي حتى هلكت وامساك الغير حتى قلع الآخر غرسه أو حبسه حتى ضاع ماله أو انهدم داره وهذا غير مستقيم لان اثبات اليد لم يوجد في هذه المسائل (ويجب) على الغاصب

غير مستقيم معللا بأن اثبات اليد لم يوجد ظاهر في تسليم وجود الازالة وهو كذلك خلافا لمن قال انها غير موجودة ثم ظهر لي صحة التفريع بناء على انه يكفي لتحقق الغصب ازالة اليد ولو بدون الاثبات ولهذا اقتصر في النقاية على الازالة وكذا القهستاني صرح بعدم اشتراط اثبات اليد المبطلة قال ولهذا لو كان في يد انسان درة فضرب به شخص على يده فوقعت في البحر ضمن وان فقد اثبات اليد ولو تلف ثمر بستان مغصوب لم يضمن وان وجد الاثبات لعدم ازالة اليد ثم نقل عن الزاهدي ما به يحصل التوفيق في كلامهم حيث قال وذكر الزاهدي انه على ضربين ما هو موجب للضمان فيشترط له ازالة اليد وما هو موجب للرد فيشترط اثبات اليد انتهى (قوله ردّ عينه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لاحدكم أن يأخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليرده ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك يتوصل بها الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع فيجب نسخ فعله دفعا للضرر عنه زيلعي وقوله في الحديث الاول على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب اليد رد عين ما اخذت ان كانت العين قائمة وان كانت هالكة وجب رد البدل وقوله في الحديث الثاني لاعبا ولا جادا في رواية الفائق والمصابيح لاعبا جادا بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه كذا في العناية واعلم ان وجوب رد العين مقيد بما اذا لم تتغير تغيرا فاحشا كما في الدر عن المجتبى وفيه عن البزازية غصب دراهم انسان من كيسه ثم ردها فيه بلا علم برئ انتهى ولو رد المغصوب الى المالك فلم يقبله فحمله الى منزله فضاع لم يضمن لانه يكون أمانة (قوله في مكان غصبه) بالاضافة أو قطعها حموي لتفاوت القيم باختلاف الاماكن در مختار (قوله أو ردّ مثله) لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه ولا معنى لقول الظاهرية الواجب فيه القيمة لان وجوب الضمان باعتبار المالية وتسميته في الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة زيلعي بل عقوبة غاية بيان وقوله مجاز للمقابلة أي علاقته المضادة وهي تسمية الشئ باسم ضده شيخنا عن شرح جمع الجوامع (قوله وان انصرم المثل) حد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان وجد في البيوت شرنبلالية لكن قال الاتقاني والاصح أن يكون الشئ بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب واستدل عليه بكلام الكرخي فليراجع (قوله يوم الخصومة) لان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو انتظر الى عود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال زيلعي بخلاف غير المثلي اذا هلك لانه مضمون بالقيمة عند وجود الغصب فاعتبر زمان سبب وجوب الضمان وهو يوم الغصب اتقاني (قوله يوم الغصب) لانه لما انقطع التحق بما لا مثل له (قوله يوم الانقطاع) لان الواجب هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع واعلم ان كلا من هذه الاقوال الثلاثة مرجح كما في القهستاني أما قول الامام ففي الخزانة وهو الاصح وفي التحفة انه الصحيح وأما قول ابي يوسف ففي النهاية انه المختار وأما قول محمد ففي ذخيرة الفتاوى وعليه الفتوى وفي الكفاية وبه أفتى كثير من المشايخ انتهى وقال الاتقاني ونحن نأخذ بقول محمد وقال في منظومة الخلافيات

لو غصب المثلي ثم انصرما * فالواجب القيمة يوم اختصما
ويوم غصب العين عند الثاني * وحالة الفقد لدى الشيباني

(قوله فان كثيرا من الموزونات ليس بمثلي) هذا ايضاح لقوله ثم الحكم فيه غير مقصور على العدديات

المتفاوتة

(ردّ عينه) الى المغصوب منه ان كان قائما (في مكان غصبه او) رد (مثله) ان هلك) عند الغاصب مطلقا سواء كان بفعله أو بغيره وقوله (وهو مثلي) أي والحال ان المغصوب مثلي كالمكيل والموزون (وان انصرم) أي انقطع (المثل) عن أيدي الناس (فقيمته) أي تجب قيمة المغصوب يوم الخصومة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع (وما لا مثل له) من المغصوب كالعدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ والرمان (فقيمته يوم غصبه) وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك والحكم فيه غير مقصور على العدديات المتفاوتة فان كثيرا من الموزونات ليس بمثلي بل من ذوات القيم

المتفاوتة واعلم انهم استثنوا من الموزونات الناطف المبزر بتقديم الزاى والدهن المربى فقالوا بضمان القيمة فيهما لان الناطف يتفاوت بتفاوت البزر وكذلك الدهن المربى كما فى الشرنبلالية عن النهاية وكذا تجب القيمة فى المثلى المخلوط بخلاف جنسه كما فى التنوير كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ونحو ذلك كدهن نجس وكذا الدبس والرب والقطن والصابون والفحم لتفاوت بالصنعة واللحم ولو نيئا وكذا كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك فى ذلك الوقت كسفينة موقورة أخذت فى الغرق وألقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون يضمن قيمتهما كما فى الدرعن المجتبى والجبن قيمى فى الضمان مثلى فى غيره كالسلم والآجر قيمى وكذا السويق لتفاوته بالقلى وقيل مثلى (قوله كالقمقمة والقدر ونحوهما) من كل موزون يختلف بالصنعة قال فى منية المفتى غصب اناء فضة أو ذهب فهشم فان شاء أخذه ولا شئ له غيره وان شاء ضمنه من خلاف الجنس وكذا آنية الصفر والرصاص والنحاس اذا كانت تباع وزنا انتهى (قوله ونحوهما) ينظر ما المراد بنحوهما حموى والظاهر ان المراد ما عدا القمقمة والقدر مما ذكره فى منية المفتى من نحو آنية الصفر والرصاص (قوله ثم ليس المراد بالوزنى الخ) لانه بهذا التفسير قد يكون قيميا كالقمقمة (قوله بل يكون مقابلته الخ) هذا ضابط للوزنى الذى يكون مثليا ابدا ولو اقتصر فى ضابط الوزنى الذى لا يكون الا مثليا على قوله وهو ما تكون مقابلته بالثمن مبنيا على الوزن اذا كان مما لا يختلف بالصفة لكفاه (قوله مبنيا على الكيل الخ) فان قلت كيف كان مقابلته الوزنى بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد قلت فى كلامه حذف دل عليه قوله مثلا والتقدير ليس المراد بالوزنى والكيلى والعددى ما يوزن ويكال ويعد بل ما يكون مقابلته بالثمن الخ (قوله أما غير مصنوع) كتبر وقطعة نقرة فضة (قوله من غير أن يقال تباع الغنم عشرة بكذا) ايضاح لقوله ولا يراد هنا الخ والتقدير ولا يراد بالعدديات هنا ما يكون مقابلته الخ (قوله ان من الموزونات ما ليس بمثلى كالموزون الذى فى تبعيضه ضرر) ذكر فى العناية أن الصنعة غير متقومة فى جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة وعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا لانا لو أوجبنا عليه مثل القيمة من جنسه أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنه كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية الخ والقلب من السوار ما كان مفتولا من طاقين مختار (قوله فان ادعى هلاكه الخ) يعنى بعد ما أقر أو شهدوا عليه باقراره بالغصب وكذا لو شهدوا على معاينة فعل الغصب على الاصح وتصح هذه الدعوى والشهادة للضرورة لامتناع الغاصب عادة من احضار المغصوب وحين الغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر شرنبلالية عن النهاية ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وبرهنا فبرهان الغاصب أولى خلافا للثانى ولو اختلفا فى القيمة وبرهنا فالبينة للمالك (قوله حبسه الحاكم) فان قيل ذكر فى الذخيرة أن الغاصب اذا غيب المغصوب قضى عليه بالقيمة من غير حبس قيل فى المسئلة روايتان وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز والمذكور فى الكتاب جواب الافضل عناية (قوله هذا اذا لم يرض المالك الخ) هذا احد قولين كما فى القهستانى عن المحيط ونصه لو رضى المالك بالقيمة قبل الحبس لم يقض بها عليه الخ وقوله لم يقض بها عليه أى لا يجوز كما يدل عليه سياق كلامه وفيه مخالفة لما سبق عن العناية (قوله موكول الى رأى القاضى) أى مفوض كحبس الغريم فى الدين (قوله فيما ينقل) أى لا فى غيره والقصر مستفاد من تعريف المبتدا بلام الجنس فانه يفيد قصره فى الخبر ويتحقق الغصب فى المنقول بالنقل ولا يتحقق بدونه على الصحيح كما سبق لكن ما لم يتصرف فيه تصرف المالك فاذا تصرف

كالقمقمة والقدر ونحوهما ثم ليس المراد بالوزنى مثلا ما يوزن عند البيع بل يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد ولا يختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر فلا يكون مثليا ثم ما لا يختلف بالصنعة اما غير مصنوع أو مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير والفلوس وكل ذلك مثلى وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم فى كتبهم ولا احتياج الى ذلك فما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فهو من ذوات القيم ثم معنى العدديات المتفاوتة الشئ الذى يعد ويكون افراده متفاوتة ولا يراد هنا ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على العدد كالحيوان مثلا فانه يعد عند البيع من غير أن يقال تباع الغنم عشرة بكذا وأما العددى الغير المتفاوت مثل الجوز والبيض والفلس فهو كالمكيل وفائدة التشبيه بالمكيل دون الموزون ان من الموزونات ما ليس بمثلى كالموزون الذى فى تبعيضه ضرر وهو الطشت والقماقم ونحوهما من المصنوعات كذا فى شرح الاصل (فان ادعى) الغاصب (هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقى لاظهره ثم) اذا لم يظهره (قضى عليه ببدله) أى المثل أو القيمة هذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة أما اذا رضى فانه يقضى ولا يتلوم ومدة التلوم موكولة الى رأى القاضى (والغصب) ثابت (فيما ينقل) ويحول (فان غصب عقارا) أى ضيعة وقيل كلما كان له اصل كالدار كذا فى المغرب (وهلك فى يده) بان صار بحرا أو سبخة أو نحوهما (لم يضمنه) الغاصب عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف الآخر

وقال محمد يضمنه وهو قول ابى يوسف الاول و به قال الشافعى (وما نقص بسكاه) وعمله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة (وزراعته ضمن النقصان كما فى النقلى) أى يضمن النقصان فى الصورتين كما يضمن النقصان فى المغصوب النقلى فيما انتقصت عند الغاصب مطلقا سواء كان بفعله أو بغير فعله كالعور والشلل وذهاب السمع والبصر وانما قال بسكناه لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه عند ابى حنيفة وفى القول الآخر عن ابى يوسف كذا فى غصب المبسوط وقال نصير بن يحيى فى نقصان الارض انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها وتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن مسلمة ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت ما بينهما نقصان الارض كذا فى النهاية ثم النقصان أنواع اربعة بتراجع السعر وبفوات جزء من العين وبفوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد والاذن فى العبد والصياغة فى الذهب واليبس فى الحنطة وبفوات المعنى المرغوب فى العين فالاول لا يوجب الضمان فى جميع الاحوال اذا رد العين فى مكان الغصب والثانى يوجب الضمان فى جميع الاحوال والثالث يوجب الضمان فى غير اموال الربا أما فى الربا نحو ان يغصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فتهشم فى يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا وقال الشافعى له ان يضمن النقصان والرابع وهو فوات المعنى المرغوب فى العين كالعبد المحترف اذا نسى الحرفة فى يد الغاصب أو كان شابا فشاخ فى يده يوجب الضمان أيضا هذا اذا كان النقصان قليلا أما اذا كان كثيرا فيخير المالك بين الاخذ و بين تركه مع اخذ جميع قيمته وستعرف الحد الفاصل بينهما فى مسئلة الخرق اليسير والفاحش وهذا اذا رده فى مكان الغصب أما اذا كان فى غير مكان الغصب فالمالك بالخيار بين اخذ القيمة و بين الانتظار الى رده

قيل يكون غاصبا بدون النقل شرنبلالية قيل النقل والتحويل واحد وقيل التحويل النقل من مكان الى مكان آخر والنقل يستعمل بدون الاثبات فى مكان آخر يرى فعلى الاول يكون عطف وتحول من عطف المرادف وعلى الثانى من عطف الاخص على الاعم (قوله وقال محمد يضمنه) وبقوله يفتى فى الوقف در عن العينى قال وذكر ظهير الدين الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وان الفتوى فى غصب منافع الوقف بالضمان وفى فوائد صاحب المحيط اشترى دارا وسكنها ثم ظهر انها وقف أو لصغير لزمه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير قال الاستروشنى وعماد الدين والاصح أن العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وفى الاشباه العقار لا يضمن الا فى مسائل وعد هذه الثلاثة قال فى الشرنبلالية ينظر ما لو عطل المنفعة هل يضمن الاجرة كما لو سكن انتهى (قوله وعمله) عطف تفسير على قوله بسكناه حموى (قوله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة) صريح فى أن المراد بالعمل عمل يوهن البناء لا مطلقا ويلزم من جعل العطف فى العمل على السكنى للتفسير كما ذكره السيد الحموى أن يكون المراد بالسكنى ما يفضى الى انهدام البناء لا مطلقا وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل على ذلك أيضا وهو قوله وانما قال بسكناه لانه اذا انهدمت الدار الخ (قوله ضمن النقصان) وهذا بالاجماع والفرق لهما انه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون فى يده الا ترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول فى اليد زيلعى (قوله فى الصورتين) أى النقص بالسكنى والزراعة حموى (قوله وقال محمد بن سلمة الخ) قيل رجع محمد ابن سلمة الى قول نصير كذا فى النهاية وقال فى التبيين وهو يعنى قول محمد بن سلمة الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة كذا فى الشرنبلالية ثم الغاصب يأخذ رأس ماله وهو البذر قال فى الدرر وصححه فى المجتبى وعن الثانى مثل بذره وفى الصيرفية وهو المختار ويأخذ ما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابى حنيفة ومحمد صورته زرع كرين فأخرجت الارض ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ أربعة اكرار ويتصدق بالباقى وقال ابو يوسف لا يتصدق بشئ وسيأتى بيان الوجه من الجانبين (قوله أو كان شابا فشاخ الخ) كذا فى الاختيار ونصه ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه ولا شئ لغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به ولو كان شابا فصار شيخا أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والاباق والسرقة والجنون عيب يوجب النقصان اذا حدثت عند الغاصب ضمنها انتهى لكن ذكر القهستانى ما يخالفه حيث قال غصب صبيا فصار ملتحيا عنده فانه يأخذه بلا ضمان (قوله هذا اذا كان النقصان قليلا) راجع للنوع الثانى وهو ما اذا حصل النقصان بفوات جزء من العين فان كان النقصان قليلا أخذه ورجع بالنقصان وان كان كثيرا يتخير بين أخذه والرجوع بالنقصان وبين أن يتركه على الغاصب ويرجع بجميع القيمة الى هذا أشار شيخنا ومنه يظهر ما فى كلام الشارح من الايهام (قوله وهذا اذا رده فى مكان الغصب) راجع للنوع الاول وهو ما اذا حصل النقصان بتراجع السعر أى عدم ضمان النقصان الحاصل بتراجع السعر مقيد بما اذا رده فى مكان الغصب قال فى الدرر اذا رد المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فاذا كان الرد فى مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه تخير المالك بين أخذ القيمة أو ينتظر الى الذهاب الى ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله فكان له ان يلتزم الضرر ويطالب بالقيمة وله ان ينتظر انتهى وقوله فكان له ان يلتزم الضرر أى للغاصب ان يلتزم الضرر اذا اختار اخذ قيمة المغصوب فى مكان الغصب يوم الخصومة وان فرض المسئلة على كون القيمة فى بلد الخصومة أقل كما ذكره عزمى لكن كان الظاهر ان يقول فكان له ان يلزمه الضرر أى للمالك ان يلزم الغاصب الضرر على ما لا يخفى (قوله فالمالك بالخيار بين أخذ القيمة وبين الانتظار الى رده

الى

الى مكان الغصب) اراد بالقيمة قيمة المغصوب فى مكان الغصب يوم الخصومة على ما صرح به فى العمادية وأيضا المذكور فيها هو التخيير بين ثلاثة أشياء والثالث هو الرضا به فلا يذهب ما فى كلام الشارح من الاجمال المخل عزمى (قوله أى ان غصب عبدا فأجره الخ) كذا لو استعاره وأجره لانه يصير به غاصبا والمراد نقصان العين لا القيمة بتراجع السعر شرنبلالية (قوله وتصدق بالغلة عندهما) أى وجوبا قهستانى أصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده فكان هو أولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادتها بسبب خبيث وهو التصرف فى مال الغير در وكان ينبغى ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عنده مالا بالغلة كلها كذا فى التبيين قال العلامة المقدسى قلت يحمل على انه لم ينقص حموى وأقول ذكر فى الدر معزيا الى المنح انه يتصدق بكل الغلة حيث كان غنيا وهو الصحيح كما فى البزازية خلافا لما فى الملتقى من انه يتصدق بالباقى انتهى فجواب المقدسى ساقط والتقييد بالغنى للاحتراز عن الفقير فانه لا يتصدق كما فى الاختيار يعنى لا يؤمر بالتصدق واعلم ان بعضهم ذكر ما نصه وهذا اذا كان النقصان فى العين وكان غير ربوى زيلعى وهذا وان كان صحيحا بالنسبة لقول المصنف وان استغله الخ لشموله لما اذا كان المغصوب الذى استغله الغاصب ربويا لكن لا يحسن ذكره بالنسبة لقول الشارح أى ان غصب عبدا الخ فتنبه (قوله وعند أبى يوسف لا يتصدق) وهذا قول أبى يوسف الاول له ما روى انه عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح ما هو مضمون فيطيب له وجه قولهما انه مستفاد بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمن قيمته له ان يستعين بالغلة فى اداء الضمان فان بقى شئ من الغلة تصدق به ووجه جواز الاستعانة بالغلة فى اداء الضمان ان الغلة ملك الغاصب والخبث لحق المالك والتصدق بها لم يكن حتما ولهذا لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناولها وان كان غنيا وهو الصحيح لزوال الخبث بوصولها اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق حيث لا يستعين الغاصب بالغلة فى اداء الثمن لان الخبث فى الغلة الحاصلة قبل البيع لم يكن لحق المشترى فلا يزول بالوصول اليه كذا ذكره الديرى فان قلت قوله والتصدق بها لم يكن حتما مخالف لما قدمناه عن القهستانى من كون التصدق واجبا قلت ما ذكره القهستانى من الوجوب يحمل على اذا لم يرده الى المالك كما يستفاد من كلامه (قوله كما لو تصرف الغاصب الخ) قال الزيلعى فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب (قوله يتصدق بالربح عندهما) ظاهر هذا الاطلاق انه لا فرق فى الامر بالتصدق بين ما يتعين كالعروض ونحوها وما لا يتعين لكن قال فى الدرر هذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق به اما فيما لا يتعين كالدراهم والدنانير ففى الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح يعنى أشار اليها ونقد منها وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها وأطلق ونقد منها أو أشار الى غيرها ونقد منها يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها وبه كان يفتى أبو الليث وفى الكافى قال لا يطيب بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة انتهى أى كتاب المضاربة من المبسوط كما ذكره الوانى والظاهر ان المراد بالجامعين الجامع الكبير والصغير للامام محمد قال فى الشرنبلالية كذا ذكر الزيلعى هذا التقسيم عن الكرخى على أربعة أوجه وذكر الاختيار المذكور أيضا ثم قال واختار بعضهم الفتوى بقول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام انتهى والاختلاف فى التصدق محله ما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم وان كان من غيرها كطعام وعروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس (قوله وملك الخ) أما الضمان فى صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا وأما الملك فلانه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذا قيمة الحنطة تزداد

الى مكان الغصب (وان استغله تصدق بالغلة) أى ان غصب عبدا فأجره فأخذ اجره فنقصته الاجرة ضمن وتصدق بالغلة عندهما وعند ابى يوسف لا تصدق (كما لو تصرف) الغاصب (فى) المال المغصوب والمودع فى مال (الوديعة) والمستعير فى المستعار (وربح) تصدق بالربح عندهما وان ملكه وعند ابى يوسف يطيب له الربح وعند الشافعى لا يملكه (و) ان غصب (ملك بلا حل انتفاع قبل اداء الضمان) وقبل الابراء وتضمين المالك أو الحاكم القيمة

بطحنها واحد انها صيرحق المالك هالكامن وجه حتى تبدل الاسم وفات أعظم المنافع وحق الغاصب قائم من كل وجه فيكون راجحا على المالك من وجه على ما تقرر في الاصول وكذا يثبت الملك للغاصب اذا اختلط بملكه بحيث لا يمكن التمييز أصلا والا بحرج درر وزيلعي وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع حق المالك فيه وكان بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه عناية (قوله وبعد وجود واحد منها يحل) والقياس ثبوت الحل وان لم يوجد واحد مما ذكر قال في الدر وهو رواية فلو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلكا يبتلعه حلالا في رواية وحراما على المعتمد حسما لمادة الفساد انتهى بقي ان يقال مقتضى قول الشارح وبعد وجود واحد منها يحل انه يكفي للحل وجوب البدل ولا يتوقف على الاداء بالفعل وهذا مذهب الامام ذكره القهستاني ونصه وشرط الطيب عنده وجوب البدل وعندهما أداؤه قال وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها انتهى واعلم ان ما جعله القهستاني مذهب الامام يخالفه ما سيأتي من قول الشارح ثم القياس وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة الخ (قوله بشئ) متعلق بقوله ملك وسيذكر محترزه وفي التتارخانية وكل موضع ينقطع حق المالك فيه فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من سائر الغرماء حتى يستوفي حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب حموي والحاصل أنه اذا غصب شيئا وغيره بالتصرف فيه تصرفا ازيل اسمه ومعظم منافعه فانه يضمنه الغاصب ويملكه بتقرر الضمان عليه واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين سبب الملك الغصب عند أداء الضمان كما في المبسوط فلو أبى المالك عن أخذ القيمة وأراد أخذ العين لم يكن له ذلك كما في النهاية لكن حكى مفتي الثقلين ان الصحيح عند المحققين ان الملك انما يثبت للغاصب عند تراضي الخصمين بالضمان او قضاء القاضي به او أداء البدل كما في الذخيرة وغيرها شيخنا عن القهستاني وقوله وقال بعض المتأخرين سبب الملك الغصب عند أداء الضمان يتفرع عليه ما قدمناه عن الاختيار من ان الملك أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا الى وقت الغصب (قوله وشواها) قيد به لان مجرد ذبح الشاة ولو مع السلخ والتأريب لا يفوت به المقصود فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه كما في الزيلعي والتأريب تقطيعها أي جعلها قطعا كما أفاده الزيلعي وغيره خلافا للعيني حيث جعل تقطيع اللحم بعد ذبح الشاة كطبخه كما نبه عليه الشيخ شاهين (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك) لان العين باقية وفعله محظور فلا يناط به نعمة الملك ولنا انه استهلك العين من وجه ألا ترى ان المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات حتى صار له اسم آخر والمحظور لغيره لا يمنع ان يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل هاهنا بالملك غير انه لا يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان كيلا يلزم فتح باب الغصوب ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع اولم يملكه لما قال ذلك كذا في الزيلعي والذي في الدرر أطعموها الاسرى قال في غاية البيان الاسرى او الاسارى شك الراوي (تتمة) روى أنه عليه السلام كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال عليه السلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كانت شاتي لأرضيته بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام أطعموها الاسارى قال محمد يعني المحبس فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها ان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر حفظ عينه فلما أمره بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الارضاء كما في العناية وقوله والمحظور لغيره لا يمنع ان يكون سببا لحكم شرعي الخ جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة وقول العيني في سياق الاستدلال على ثبوت الملك للغاصب اذا غير المغصوب بقوله عليه السلام أطعموها الاسارى ولقد أفاد هذا الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء

صوابه

(قوله وبعد وجود واحد منها يحل) (شيء) بأن غصب شاة وذبحها وشواها (وطبخ وطحن وزرع) بأن غصب حنطة وطحنها أو زرعها (واتخاذ سيفا وإناء) (بغير الحجرين) حال كون الإناء ملابسا أي الذهب والفضة هذا كله عندنا وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك

صوابه حذف الواو من قوله و زوال ملك المالك كما يشهد به السياق والسباق كذا ذكره شيخنا وأشار بقوله كما يشهد به السياق والسباق الى الاحتراز عما عساه يتوهم من صحة ثبوت الواو بناء على ان يقرأ الامر بالنصب على المفعولية لافادلانه وان كان محتملا وعليه فلا تصويب لكنه بعيد فيتعين رفعه على انه بدل من اسم الاشارة (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) غير أنه اذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وهو قول أحمد لان الاوصاف تابعة للعين والملك يبقى ببقاء العين وهي باقية ومذهب مالك يتخير المالك بين التضمين وأخذ العين بلا شئ وعن أبي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفي به دين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق من سائر غرمائه عيني (قوله وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة الخ) لوجود الملك المطلق ولهذا ينفذ تصرفه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما استفيد من قوله عليه السلام أطعموها الاسارى كما سبق ولان في اباحة الانتفاع فتح باب المعصية فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في البيع الفاسد درر (قوله للغاصب ان يأكل هذا الدقيق الخ) فعلى هذه الرواية عن الامام لا يشترط لحل الانتفاع أداء الضمان بالفعل بل يكفي في ذلك وجوبه كما قدمناه عن القهستاني وذكرنا ما بينهما من المخالفة من حيث ان القهستاني جعل ذلك مذهبا للامام ومقتضى جعل الشارح له رواية عن الامام ان يكون مذهبه توقف الحل على الاداء بالفعل (قوله لم يزل ملك مالكها عند أبي حنيفة الخ) لهما انه أحدث فيه صنعة متقومة كما سبق بيانه وله ان اسم الذهب والفضة لم يزل عنهما وكذا لا يزول معناهما وهو الثمنية فلا يكون في حكم الهلاك على ان الصنعة غير متقومة في الاموال الربوية ولهذا لو غصب فلسا فكسره ثم رده الى المالك لا يضمن ابن فرشته وقوله فرده يعني وقبله اذ له ان يختار عدم قبوله وتضمينه القيمة من خلاف جنسه كما سبق (قوله ببناء على ساجة) بالجيم والساحة بالحاء المهملة يأتي ذكرها شرنبلالية (قوله وزال ملك مالكها) هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمتها والا فلا وان كانت قيمتهما سواء فان اصطلحا على شئ جاز وان تنازعا يباع البناء ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما ولو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساجة ان بعد القضاء بالقيمة لم يجز وان قبله قيل يجوز وقيل لا يجوز لما فيه من تضييع المال بغير فائدة شرنبلالية عن النهاية والبزازية والذخيرة ولم يظهر لي وجه ما ذكره من ان ثمن البناء يقسم بينهما مع ان البناء للغاصب فليراجع ثم ظهر لي ان في العبارة سقطا والصواب وان تنازعا يباع البناء والساجة معا فتدبر (قوله وقال الشافعي للمالك أخذها ونقض البناء) كان الاولى تأخيره عن قوله وذكر الكرخي كما فعل الزيلعي ونص عبارته وقال الكرخي انما ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بنى حولها وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لانه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في نقضه ضررا بالغاصب قال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي او أدخل لوحا مغصوبا في السفينة وكان في لجج البحر انتهى وقيد بقوله وكان في لجج البحر لانها اذا كانت واقفة كان له نزعه عنده فلا يصلح للاستشهاد عناية (قوله ولكن هذا ضعيف) الاشارة لما ذكره الكرخي لكن في غاية البيان وكان الهندواني يختار قول الكرخي ولهذا الحاكم يدل على صحة ما قال الكرخي الخ (قوله ولو ذبح شاة) اعلم ان ذبح الشاة من النقصان بفوات جزء من العين كذا ذكره شيخنا وهل ينقطع به حق المالك قال الاتقاني الصحيح انه لا ينقطع لان الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فاذا أربها أعضوا أعضوا قالوا ينقطع حق المالك لانه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه لانها كانت تقصد للاكل وبعده لم يبطل هذا المعنى انتهى (قوله أو خرق ثوبا) لفظ الثوب محتمل لما يلبس كالقميص وهو ظاهر ولما لا يلبس

وهو رواية عن ابي يوسف ثم القياس
وهو قول زفر والحسن بن زياد ورواية
عن ابي حنيفة ان للغاصب ان يأكل
هذا الدقيق وينتفع به قبل ان يؤدي
الضمان وانما قيد بقوله بغير الحجرين
لانه لو غصب ذهبا أو فضة فسربها
دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك
مالكها عند ابي حنيفة ولا شئ
للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها (وبناء) أي ملك بلا حل انتفاع
قبل اداء الضمان ببناء (على ساجة) للغاصب
وزال ملك مالكها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها
ونقض البناء وذكر الكرخي ان وضع
المسألة فيما اذا أدخل الساجة في بنائه
فأما اذا بنى حولها لا عليها
بان بنى على الساجة فيهدم للرد ولكن هذا
ضعيف كذا في الكافي الساجة
بالجيم خشبة منحوتة مهيئة للاساس
غصبها وأدخلها بان جعلها جذعا أو نحوه
وبنى عليها (ولو ذبح شاة) بغير اذن
مالكها (أو خرق ثوبا) مغصوبا خرقا
(فاحشا) يبطل عامة منفعته وقيل
بالتشديد لانه ناشئ عن المبالغة قال
فتح الابواب وفتح الابواب (ضمن)
المالك القيمة وسلم المغصوب اليه
أي الى الغاصب

كالكرباس شرنبلالية (قوله أوضمن النقصان وأخذه) هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا أحدث فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا زيلعي (قوله وكذا الدابة) يعني المأكولة بدليل ما سيجيء (قوله هذا هو الظاهر) لانه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير زيلعي (قوله وروى الحسن الخ) لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها زيلعي (قوله ولو كانت الدابة غير مأكولة الخ) لانه استهلاك من كل وجه لانها بعد القطع لا تصلح للعمل ولا للركوب زيلعي وفي الدر ذكر أن الخيار ثابت في غير المأكولة أيضا لكن اذا اختار ربها أخذها لا يضمنه شيئا قال وعليه الفتوى كما نقله المصنف عن العمادية الخ واعلم أن ما ذكره في الدر من كون الخيار ثابتا في غير المأكولة أيضا مخالف لما استظهره الاتقاني على ما نقل عنه الشلبي ونصه وقال الاتقاني هذا الفرق بين مأكول اللحم وغيره في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار انتهى (قوله وبخلاف قطع طرف المملوك) لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع زيلعي قال الشلبي وفيه نظر وينبغي أن يقال لانه منتفع به بعد قطع طرفه في بعض المنافع اه معزيا الى قاري الهداية (قوله وفي الخرق اليسير ضمن النقصان) لان الغاصب عيبه وهكذا الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان تضمين النقصان يتعذر فيها لانه يؤدي الى الربا فيخير المالك بين أن يأخذ العين ولا يرجع بشيء على الغاصب وبين أن يسلم العين اليه ويضمنه مثله أو قيمته والى اخراج الاموال الربوية أشار بقوله أوخرق ثوبا لان الربا لا يجري فيه ابن فرشته (قوله والصحيح أن الخرق الخ) وقيل الفاحش ما أوجب نقصان ربع القيمة وقيل نصفها وقيل الفاحش ما لا يصلح لثوب ما واليسير ما يصلح شرنبلالية عن النهاية (قوله وجنس المنفعة) بالجر عطفا على المضاف اليه وهو العين فيكون العامل فيه لفظ بعض لقوله بعده ويبقى بعض العين وبعض المنفعة شرنبلالية (قوله قلعا وردت) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله زيلعي وفي العناية عن المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض على وجه الاغتصاب وقد روي بالاضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه انتهى (قوله وكان القاضي ابو علي النسفي الخ) تعقبه العلامة قاسم في حاشية شرح المجمع فلينظر حموي (قوله انه ذكر تفصيلا) وجرى على هذا التفصيل في الدرر حيث قال هذا اذا كانت قيمة الساحة اي بالحاء المهملة كما في الشرنبلالية عن النهاية أكثر من قيمة البناء او الغرس واذا عكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة فيأخذها (قوله ان من كان بيده لؤلؤة الخ) او ادخل البقر رأسه في قدر او اودع فصيلا فكبر في بيت المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار اوسقط دينار في محبرة غيره ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل والاصل ان الضرر الاشد يزال بالاخف در عن الاشباه قال ولو ابتلع لؤلؤة فمات لا يشق بطنه لان حرمة الآدمي اعظم من حرمة المال وقيمتها في تركته وجوزه الشافعي قياسا على الشق لاخراج الولد قلت وقدمنا في الجنائز عن الفتح انه يشق ايضا فلا خلاف وفي تنوير البصائر انه الاصح (قوله يوم يقلعه الخ) فتقوم اي الارض بدونهما اي بدون البناء والغرس ومع احدهما حال كونه مستحق القلع فيضمن الفضل فان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمتهما مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقص منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة درر (قوله ولا قيمة بناء او شجر مقلوع) لكن ظاهر قول المصنف مقلوعا انه يضمن قيمته مقلوعا على الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا ولبنا وحجارة مكومة على الارض حموي (قوله وان غصب ثوبا الخ)

(أوضمن النقصان) وأخذه وكذا الدابة وكذا اذا قطع يدها أو رجلها هذا هو الظاهر وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يضمنه شيئا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمن جميع قيمتها بخلاف ما اذا قطع اذن الدابة أو ذنبها يضمن النقصان وبخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذ المملوك مع ارش العضو المقطوع (وفي الخرق اليسير ضمن النقصان) وأخذ الثوب والصحيح ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة وذلك مثل قطع الثوب قميصا فات به جنس منفعة القباء والجبة وبقي جنس منفعة القميص واليسير ما لا يفوت به شيء من جنس المنفعة (ولو غرس أو بنى في ارض الغير قلعا وردت) الارض الى مالكها ان طالب كذا في المحيط والذخيرة وكان القاضي ابو علي النسفي يحكي عن شيخه ابي الحسن الكرخي رحمه الله انه ذكر تفصيلا فقال اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الارض لا يؤمر الغاصب بقلع ذلك بل يضمن قيمة الارض وان كانت أقل فكما ذكر في الكتاب وقال مشايخنا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد منها ان من كان بيده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة انسان فانه ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين ان يأخذ الدجاجة او يضمن قيمتها وبين ان يترك اللؤلؤة ويأخذ قيمتها (وان نقصت الارض بالقلع ضمن) مالك الارض (له) أي للغاصب (البناء والغرس) اي قيمتهما ان شاء حال كون كل واحد منهما (مقلوعا ويكون) كلاهما (له) معناه يضمن قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لا قيمة بناء أو شجر ثابت في الارض ولا قيمة بناء أو شجر مقلوع (وان) غصب ثوبا ثم (صبغ)

فلو صبغه احمر فنقص كأن كانت قيمته ثلاثين فصارت عشرين فعند محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة لان له عشرة وعليه للغاصب خمسة قيمة صبغه فالخمسة بالخمسة ويرجع بما بقى من النقص كذا رواه هشام عن محمد وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ ولم يصل له به الا تلف ماله كذا فى الزيلعى وغيره فان قلت فى ايجاب قيمة الصبغ على رب الثوب مع ان قيمة الثوب انتقصت بسبب الصبغ مخالفة لما فى الدرر حيث ذكر ان رب الثوب اذا اختار اخذه يأخذه ولا شئ للغاصب من اجر الصبغ لانه نقص انتهى قلت ما ذكره فى الدرر يحمل على ما اذا صبغ بما يكون تنقيصا لقيمة الثوب ولهذا وضع المسئلة فيما اذا اصبغه بالسواد فلا ينافى ما قبله لانه مفروض فيما اذا اصبغ بما يوجب الزيادة وان كانت قيمة الثوب انتقصت بسبب الصبغ فالنقص لم يكن لمعنى فى الصبغ بل لمعنى فى الثوب بدليل ما فى الهداية من قوله وكان ثوبا تنقصه الحمرة وقوله فعن محمد ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فلا اشكال فتدبر (قوله احمر) لو ابقى المتن على اطلاقه لكان اولى اذ لا عبرة للالوان بل لحقيقة الزيادة والنقصان لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص كما فى الدرر والزيلعى (قوله وغرم ما زاد الخ) لان الصبغ مال متقوم وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صون حقهما ورب الثوب والسويق اولى بالتخيير لانه رب اصل وللآخر وصف قائم بالاصل فخير لتعذر التمييز بخلاف البناء لان له وجودا بعد النقص والصبغ يتلاشى بالغسل وبخلاف ما لو انصبغ بغير فعله بالنارنج لا يخير بل يؤمر رب الثوب بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية من ربه وقال ابو عصمة ان شاء رب الثوب باع الثوب وضرب كل بقيمة ماله وحكم اللت كالصبغ زيلعى وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ ابى يوسف (قوله والاضافة التقدير به الخ) انما تأتى هذه الاضافة التقديرية على تقدير ان تكون ما مصدرية لا موصولة اسمية حموى (قوله فيلزم عليه الصبغ) اى قيمة الصبغ وتعتبر قيمة الصبغ يوم الخصومة لا يوم الاتصال بالثوب شلبى (قوله وقال الشافعى فى الثوب الخ) قاس الصبغ على الغرس والبناء فى الارض وجوابه ما مر من الفرق (فرع) رجل استهلك شيئا لزمه ضمان شيئين كما اذا استهلك مصراعا من مصراعى باب او نعلا من نعلين فانه يضمن نعلين ومصراعين ذكره ابن العز فى ألغازه

(فصل) (قوله لكان اولى) مبنى الاولوية على كون الفعل مبنيا للمعلوم وليس فى كلام المصنف ما يعينه فيجوز بناؤه للمجهول وحينئذ يفيد ما اذا كان بفعل الغاصب او لا بفعله فلا اولوية كذا ذكره شيخنا وهذا على تسليم ما ذكره الشارح من الاولوية بناء على كون بناء الفعل للمعلوم متعينا والا فقد نظر السيد الحموى فى كلام الشارح بقوله فى الاولوية نظر فانه لو قال ذلك لم يعلم منه حكم ما لو غيبه بخلاف ما عبر به المصنف فانه يعلم منه حكم ما لو غاب بالطريق الاولى انتهى اذا علمت هذا ظهر لك ما فى كلام بعضهم حيث وجه الاولوية التى ذكرها الشارح بقوله لانه اذا امكنه فيما اذا غاب بغير صنعه علم الحكم فيما اذا كان بصنعه بالطريق الاولى انتهى (قوله وضمن المالك قيمته) مزج الشارح يقتضى ان يقرأ ضمن بتشديد الميم والذى بخط الحموى وضمن للمالك قيمته بتخفيف الميم من ضمن قال والتشديد يوجب تفكيك الضمير واعلم ان للقاضى ان يأخذ القيمة من الغاصب عند غيبة المالك فان ضاع فالضمان على الغاصب (قوله ملكه) جواب شرط مقدر حموى وبالضمان يثبت له الملك مستندا الى وقت الغصب فتسلم له الاكساب لا الاولاد در عن الملتقى ولا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره فى ثبوت الزيادة المنفصلة كذا فى العناية قال الزيلعى ونحن لا نجعل الغصب سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت

احمر (او) سويقا (ثم (ان السويق (ضمنه) بسمن) أى لته به وخلطه (قيمة ثوب ابيض ومثل السويق المالك (وغرم ما زاد او اخذهما) أى زيادة الصبغ والسمن) والاضافة التقديرية بيانية والسمن والصبغ والسمن وقال فيلزم عليه الصبغ للمالك ان يمسكه الشافعى فى الثوب والصبغ عن ثوبه ويأمر الغاصب بازالة الصبغ وتضمنه بالغسل بقدر الامكان وبنقصان ان انتقص بذلك ثوبه (فصل غيب) الغاصب (المغصوب) لكان اولى ولو قال اذا غاب المغصوب (وضمن) المالك (قيمته ملكه) الغاصب وكذا ملكه باداء الضمان او بحكم القاضى عليه بالضمان

الملك به للغاصب شرطا القضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصلة بخلاف البيع الموقوف اوالذى فيه الخيار حيث تملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه انتهى (قوله وقال الشافعي لا يملكه) لان الغصب عدوان محض ليس فيه شبهة الاباحة فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان المالك ملك البدل فوجب ان يزول المبدل عن ملكه لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد زيلعي ووجب ان يدخل في ملك الغاصب والا لزم ثبوت الملك بلا مالك درر وللشرنبلالي هنا كلام (قوله اى اذا أقام المالك البينة الخ) هذا خلاف المتبادر من كلام المصنف والمتبادر من كلامه انهما اذا اختلفا في القيمة ولا بينة لهما فالقول قول الغاصب لانه منكر للزيادة واذا كان لهما بينة فالبينة بينة المالك لانها مثبتة للزيادة دون الغاصب لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل حموى ولا يشترط في دعوى المالك ذكر أوصاف المغصوب بخلاف سائر الدعاوى شرنبلالية عن النهاية وسبق (قوله قيل لا تقبل) لانها تنفي الزيادة وبينة النفي لا تقبل (قوله وقيل ينبغي ان تقبل) لاسقاط اليمين كمودع ادّعى ردالوديعة وبعضهم فرق بينهما وهو الصحيح اذ بينة المودع تندفع عنه الخصومة وبينة الغاصب لا تندفع بل يطالب بالقيمة قيل وفيه نظر اذ ليس المراد من بينة الغاصب الا اسقاط اليمين على الزيادة واذا حصلت له هذه الفائدة صار في معنى المودع قال الحموى نقلا عن المقدسي والفرق ظاهر لتوجه الخصومة ووجوب القيمة في الغصب انتهى ومافي الخلاصة من قوله أراد الغاصب اقامة البينة على قيمته فقال المالك احلفه ولا أريد البينة له ذلك انتهى يبتنى على ماهو الراجح من عدم قبول بينة الغاصب مطلقا حتى لاسقاط اليمين عن نفسه واذ قد عرفت ان الراجح عدم قبول بينة الغاصب مطلقا حتى لاسقاط اليمين عن نفسه فما في النهاية من قوله لا تقبل بينة الغاصب لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل صحيح ولا اشكال فيه خلافا لما في الشرنبلالية (قوله وقيمته أكثر) وان قل كدانق في ألف درهم كما في الزاهدي قهستاني (قوله ولا خيار للمالك) لرضاه حيث ادّعى هذا المقدار فقط در (قوله فان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك بخيار ان شاء أمضى الضمان الخ) وهذا الاختلاف للكرخي فيه كما يعلم من كلام العيني والزيلعي اذ الكلام فيما اذا ظهر وقيمته أكثر بخلاف ما اذا ظهر وقيمته مثل ماضمن أو أقل فانه محل الخلاف فعند الكرخي لا خيار له وظاهر الرواية انه يخير أيضا وبهذا تعلم ما في كلام الشارح من الخلل (قوله أو يأخذ المغصوب) ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل للزومه باقراره ذكره الوانى نعم متى ملكه بالضمان فله خيار عيب ورؤية مجتبى كذا في الدر (قوله ويرد العوض) وللغاصب حبس العين حتى يأخذ القيمة شرنبلالية (قوله في ظاهر الرواية الخ) هذا الاحسن تعلقه بما ذكره المصنف لما علمت من ان ثبوت الخيار للمالك فيما اذا ظهر وقيمته أكثر لا خلاف للكرخي فيه والظاهر ان ذلك يتعلق بكلام سقط من كلام الشارح هو وان ظهر وقيمته مثل ماضمن الغاصب اوأقل فكذا يتخير المالك أيضا في ظاهر الرواية وهو الاصح وقال الكرخي لا خيار له (قوله وهو الاصح) لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادّعى الزيادة وانما أخذ دونها لعدم البينة درر ومن هنا قال القهستاني لو حذف المصنف قوله وقيمته اكثر لكان أولى (قوله وقال الكرخي لا خيار له) يعنى فيما اذا ظهر وقيمته مثل ماضمنه الغاصب اوأقل خلافا لما يظهر من كلام الشارح وجه ماذهب اليه الكرخي من أنه لا خيار له ماذكره السيد الحموى من أنه توفر عليه بدل ملكه بكماله ورد بان ثبوت الخيار لفوات الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعطه ما يدعيه وجاز ان تكون قيمته مثل ماضمنه عند المقومين لا عنده هو فلا يرضى به بدلا وقد لا يرضى أحد بزوال ملكه بالقيمة انتهى (قوله فضمنه المالك نفذ بيعه) قيد نفاذ بيعه بتضمين المالك احترازا عما لو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب أو وهبه له اومات المالك والغاصب وارثه فان بيع الغاصب يبطل في هذه الصور لانه طرأ ملك بات على موقوف على أداء الضمان فأبطله كذا بخط شيخنا (قوله وان

وقال الشافعي لا يملكه فلو كان قريب الغاصب يعتق عليه بأداء الضمان عندنا وعنده لا يعتق (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) أي اذا اقام المالك البينة على زيادة قيمة المغصوب تقبل بينته ولا يلتفت الى قول الغاصب ثم اذا لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة ان قيمته كذا وكذا يريد رب الثوب وطلب يمين الغاصب هل تقبل بينة الغاصب قيل لا تقبل وقيل ينبغي ان تقبل بينته كذا في الاصل (فان ظهر) المغصوب بعد التضمين (وقيمته أكثر) عما ادّعى الغاصب (و) الحال انه (قد ضمنه بقول المالك او ببينة) اقامها المالك (او بنكول الغاصب) عن اليمين (فهو) أي المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) في ان يرد القيمة ويأخذ المغصوب (فان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك بخيار ان شاء أمضى الضمان او يأخذ المغصوب ويردّ العوض) في ظاهر الرواية وهو الاصح وقال الكرخي لا خيار له (وان باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا) يعتق (وزوائد المغصوب امانة في يد الغاصب مطلقا متصلة كانت او منفصلة كالسمن والجمال والصوف واللبن والبيض وثمرة البستان المغصوب وولد المغصوب قوله

حوره ثم ضمنه لا) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك فى حق الاولاد و يظهر فى حق الاكساب فيكون ناقصا اذ لو كان تاما لكانت الاولاد له بأداء الضمان فان من اشترى جارية قبل أداء الثمن تكون الاولاد للمشترى لتمام الملك والملك الناقص يكفى لنفوذ البيع ألا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولو أعتق المشترى من الغاصب نفذ باجازة المالك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة فى الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام ان الاشهاد يشترط فى النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة زيلعى وديرى (قوله فتضمن بالتعدى) فلو قتله الغاصب ضمنه مع الزيادة ابن فرشته (قوله والزيادة متصلة) قيد بالمتصلة لان المنفصلة مضمونة بالبيع والتسليم اتفاقا لانها كانت أمانة فى يده وبالتسليم الى الغير صار متعديا فيها وقيد بالتسليم لانه لو باعها ولم يسلم لم يضمن اتفاقا قال الديرى فان قيل اذا غصب حاملا ينبغى ان يضمن الولد لان الغصب ورد على جميع أجزائها والولد جزء منها أجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير الخ (قوله وليس له ان يضمن البائع بالبيع والتسليم الخ) المراد بالبائع الغاصب وعبارته توهم خلاف ذلك وحينئذ فكان الاولى ان يقول وليس له ان يضمن الغاصب حموى (قوله وقالا له ان يضمن الخ) لانه بالتسليم فوت على المالك مكنة استرداده المغصوب مع الزيادة فصار متعديا فيها فيضمنها كما يضمن المنفصلة وله ان البيع لم يرد على الزيادة لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن فلا يضمن بخلاف المنفصلة لانها مقصودة بالبيع فكان لها حصة من الثمن ولانه لا يمكن تضمين الزيادة مع الاصل لان ضمان الاصل واجب بالغصب فلا يتصور ايجابه بالتسليم لان اثبات الثابت مستحيل ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبقى ببقاء الاصل فلا تنفرد عن الاصل بضمان فامتنع التضمين ضرورة ابن فرشته وديرى (قوله وما نقصت الجارية الخ) أى انتقصت لان نقص يجئ لازما ومتعديا وههنا لازم ابن فرشته (قوله مضمون) لانها دخلت فى ضمانه بجميع أجزائها والجزء معتبر بالكل ديرى (قوله لا فى النقصان ولا فى الهلاك) صوابه لا فى الحياة ولا فى الهلاك حموى وفى التصويب نظر (قوله ويجبر بولدها) فان مات الولد فعليه ان يردها ويرد ما نقصته الولادة ولا شئ عليه من قيمة الولد وان ماتت وبالولد وفاء بقيمتها كفى هو الصحيح در عن الاختيار وفى الشرنبلالية عن النهاية عليه رد قيمتها يوم الغصب كاملة فى ظاهر الرواية (قوله ان كان فى قيمة الولد وفاء به ويسقط ضمانه الخ) والا فيسقط بحسابه درر (قوله وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان) لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق فلا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت هداية (قوله وكذا اذا قطع قوائم شجر انسان الخ) أى على هذا الخلاف بيننا وبين زفر والشافعى كمسئلة المتن كذا بخط شيخنا (قوله فازدادت قيمته بسبب الخصاء) اعلم ان الخصاء ليس زيادة لانه غرض الفسقة ولهذا لو غصب خصيا وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى انه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وزادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصى بل يخير ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصى للغاصب وان شاء أخذه ولا شئ له غيره كما فى النهاية عن التتمة وقاضيخان زيلعى (قوله ولو زنى الغاصب أو غيره الخ) أشار الشارح بزيادة أو غيره الى أن التقييد بزنى الغاصب فى كلام المصنف كصاحب الدرر اتفاقى والتقييد بالزنى للاحتراز عما لو كان الحبل من زوج لها أو من المولى حيث لا يضمن اتفاقا ابن فرشته (قوله فماتت بالولادة) يعنى ماتت بسبب الولادة لا على فورها ولهذا قال فى النهاية

(فتضمن بالتعدى) اى من الغاصب (او بالمنع بعد طلب المالك) مع قدرة التسليم وقال الشافعى زوائد الغصب مضمونة مطلقا ولو باع الغاصب الاصل والزيادة وسلم والزيادة متصلة فان كان قائما اخذه صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن المشترى قيمته يوم القبض وليس له ان يضمن البائع بالبيع والتسليم قيمة زائدة عند ابى حنيفة وقالا له ان يضمن البائع بالبيع والتسليم قيمة زائدة (وما نقصت الجارية (بالولادة) فى يد الغاصب (مضمون) هذا اذا حدث الحبل فى يد الغاصب من غير المولى والزوج اما اذا كان الحبل من احدهما لا يجب عليه الضمان لا فى النقصان ولا فى الهلاك (و) لكن (يجبر) النقصان (بولدها) ان كان فى قيمة الولد وفاء به ويسقط ضمانه من الغاصب اذا ادى الولد وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان وذكر فى الذخيرة لا يسقط فى ظاهر الرواية وعن محمد انه يسقط وكذا اذا قطع قوائم شجر انسان او جز صوف شاة غيره ثم نبت مكانها اخرى او خصى عبد غيره فازدادت قيمته بسبب الخصاء (ولو زنى) الغاصب او غيره (بمغصوبة فردت) الى صاحبها (فماتت) الجارية (بالولادة ضمن) الغاصب (قيمتها)

قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولادة انتهى كذا في الشرنبلالية ولو زنى بها واستولدها أي حبلت منه وادعى ثبت النسب بعد ارضاء المالك لان التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت اليه غير امرأته والولد رقيق لان الحرية لا تثبت بالشبهة درر (قوله يوم علقت) مثله في العناية عن* الجامع الصغير على ما وجدته بخط شيخنا وكذا في المواهب على ما في الشرنبلالية ويخالفه ما في الشرنبلالية أيضا عن قاضيخان حيث اعتبر قيمتها يوم الغصب (قوله وعندهما لا يضمن قيمة الجارية) لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعده حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد كما لو زنت عنده فردها فجلدت وماتت لا يضمن قيمتها ولو انه غصبها خالية عن سبب الهلاك وردها مشغولة به فلم يصح الرد فيضمن قيمتها كما لو جنت عند الغاصب فردها فقتلت في يده يضمن قيمتها وأما في الجلد فانما لم يضمن لان الزنى كان سببا لجلد غير متلف شرعا والجلد الواقع غيره ابن فرشته (قوله ويضمن نقصان الحبل) في الاصح كما في المجمع واحترز بقوله في الاصح عما ذكر في المختلف من انهما قالا لا يضمن شيئا لانها تعيبت في يد الغاصب بالحبل فلما ردها وولدت زال العيب فزال الضمان قال ابن فرشته وانما كان هذا هو الاصح لان الولادة حصلت بسبب الحبل فلا يحكم بزوال العيب عنها لان اثره باق (قوله ولا يضمن الحرة) لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد درر (قوله ولا يضمن منافع الغصب) أي المغصوب مطلقا لعدم تحققه فيها كما تقدم لانها حادثة في يد الغاصب فلم يوجد ازالة يد المالك عنها فلا تكون متقومة وهذا الاطلاق في مقابلة التفصيل الآتي عند الامام مالك واعلم ان قول المصنف ومنافع الغصب بالرفع عطفا على قوله ولا يضمن الحرة كما ذكره العيني وعليه فيقرأ الفعل في كل من المعطوف والمعطوف عليه مبنيا للمجهول (قوله ولا فرق في المذهبين الخ) وقع في بعض النسخ بين المذهبين فلهذا قال السيد الحموي صواب العبارة ولا فرق في المذهبين بين ما اذا صرفها الى نفسه أو عطلها انتهى (قوله صرفها الى نفسه أو عطلها) قال في الدرر بالعزو الى الكافي صورة غصب المنافع ان يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع أن يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده وفي حاشية الشلبي صور لما لو صرف المنفعة الى نفسه أو عطلها بقوله صورة المسئلة رجل غصب عبدا فأمسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكا للمنافع (قوله وفي الفتاوى السراجية الخ) ينظر مناسبة ذكر هذا الفرع هنا حموي وأقول وجه المناسبة ظاهر وهو ان اطلاق قول المصنف ولا يضمن منافع الغصب صادق بما اذا كان المغصوب معدا للاستغلال فأشار بذكر هذا الفرع الى انه مستثنى من هذا الاطلاق وكذا يستثنى منه العقار الموقوف سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف كما في حاشية الشلبي عن الفتاوى الكبرى قال وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والاوقاف وأموال اليتامى ويوجبون منافعها على الغاصب ومعنى كونه معدا للاستغلال هو أن يكون البناء أو الشراء لاجل الاستغلال فان الغاصب يضمن المنفعة الا اذا سكن بتأويل ملك أو عقد كما في الشرنبلالية عن الاشباه كبيت سكنه احد الشريكين وكبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم بان انه للغير معدا للاجارة أما في الوقف اذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا اذن لزمه الاجرة كما في الدرر قال في الشرنبلالية وينظر ما لو عطل الغاصب المنفعة هل يضمن الاجرة كما لو سكن ولا تصير معدة له باجارتها كما في الدرر عن الاشباه ولا باعداد البائع بالنسبة للمشتري ويشترط علم المستعمل بكونه معدا حتى يجب الاجر وأن لا يكون المستعمل مشهورا بالغصب ولو اختلفا في العلم وعدمه فالقول له بيمينه لانه منكر والآخر مدع ويموت رب الدار وبيعه يبطل الاعداد ولو بنى لنفسه ثم أراد أن يعده فان قال بلسانه وأخبر الناس صار معدا (قوله ولا يضمن خمر المسلم الخ) بخلاف ما لو كانت لذمي فانه يضمن ويأثم اذا اتخذها للتخليل فلو للشرب أو البيع لم يأثم قهستاني عن الجوهرة (قوله بالاتلاف) شامل لما لو كان المتلف لهما ذميا وكذا لا يضمن الزق بشقه لاراقة الخمر

يوم علقت عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن قيمة الجارية ويضمن نقصان الحبل (ولا يضمن الحرة) أي دية الحرة اذا زنى بها فعلقت ثم ماتت بالولادة (و) لا يضمن (منافع الغصب) أي المغصوب مطلقا الا ان ينتقص باستعماله فيغرم نقصانه وقال الشافعي يضمنها حتى يجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا صرفها الى نفسه أو عطلها على المالك الحكم وقال مالك ان صرفها الى نفسه يجب اجر المثل وان عطلها لا شئ عليه وفي الفتاوى السراجية اذا سكن دارا معدة للغلة من غير استئجار تجب الاجرة وعليه الفتوى (و) لا يضمن (خمر المسلم أو خنزيره بالاتلاف

على قول ابى يوسف وعليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان واعلم ان ماذكره فى شرح المجمع حيث علل عدم ضمان الزق بأنه مأذون بالاراقة يعنى شرعا وهى لا تتيسر الا بالشق يقتضى انه ان تمكن من اراقة الخمر بدون شق الزق يضمن لكن علل الضمان على قول محمد بأن الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمنه لانه مال متقوم وهذا يقتضى عدم الضمان على قول ابى يوسف مطلقا فتدبر (قوله لو كانا الذمى) الا أن يظهر بيعهما من المسلمين فلا ضمان فى اراقتها أو يكون المتلف اماما يرى ذلك اشباه زاد فى الدر ماذا كان المتلف مأمور الامام ثم عندنا يجب على المسلم قيمتهما وان كانت أى الخمر من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها بخلاف الذمى اذا استهلك خمر الذمى حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولو أسلم الطالب بعدما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له مما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو أسلما ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن ابى حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر عينى (قوله وقال الشافعى لا يضمنهما للذمى أيضا) لعدم تقومهما فى حق المسلم فوجب أن يكون فى حقهم كذلك لانهم اتباع لنا فى الاحكام ولنا انا أمرنا بتركهم وما يدينون ألا ترى ان عمر قال لعماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك زيلعى (قوله ورد مازاد الدباغ) وأما الخل فيأخذه بغير شئ والفرق ان التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فبقى على ملك المغصوب منه وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ فى الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه عينى وهذا اذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها وأما اذا القاها صاحبها فى الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الملقاة اباحة لاخذه فلا يثبت له الرجوع كالقاء النوى شلبى عن الاتقانى وعن ابى يوسف له أخذه فى هذه الصورة أيضا شرنبلالية (قوله ضمن الخل فقط) لانه أتلف مالا متقوما خالصا للمغصوب منه مثليا حموى (قوله دون الجلد) لانه غصب جلدا غير مدبوغ ولا قيمة له والضمان يتبع التقوم فبل هذا المعنى قائم فيما لو دبغ بما لا قيمة له وأجيب بالمنع اذ لم ينضم من العامل شئ متقوم يترجح به جانبه فبقى على ملك المالك حتى وقع التقوم فى ملكه بسبب الدباغة فعند اتلافه ما أتلف الا ملكه المتقوم فيضمن كذا ذكره بعضهم معزيا لصدر الشريعة وأخى شلبى وفيه نظر اذ ما ذكره فى وجه الفرق بين الوجهين من انه فى الوجه الثانى لم ينضم من العامل شئ متقوم يترجح به جانبه فبقى على ملك المالك الخ يقتضى انه فى الوجه الاول لم يبق على ملكه ويقتضى أيضا ان تقومه بسبب الدباغة غير واقع فى ملكه وليس كذلك ولهذا فرق العينى بأن ماليته وتقومه حصلت بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعه فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك بغير صنعه بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد انتهى فمدار الفرق على ان الدباغة فى الاول صارت حقا للغاصب لكونها بالمتقوم بخلاف الثانى اما بقاء الجلد على ملكه ووقوع التقوم بسبب الدباغة فى ملكه فقدر مشترك بينهما واعلم ان عدم تقوم جلد الميتة قبل الدباغ لا ينافى بقاء الملك فيه للمالك كام الولد تبقى الملك فيها للمولى ولا يزول الا بموتها وعتقها مع انها لا تتقوم والدليل على بقائه على ملكه وان دبغه بما يتقوم ماذكره المصنف من انه اذا غصب جلد ميتة فدبغه فللمالك اخذه ورد مازاد الدباغ اذ لو لم يكن باقيا على ملكه لم يكن له اخذه (تتمة) جعل الغاصب الجلد فروا أو جرابا او زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يملك ويجب عليه قيمته يوم الغصب ان كان ذكيا (قوله ويعطى مازاد الدباغ فيه) محمول على اختلاف الجنس بأن قوم القاضى الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير

لو كانا (الذمى) وقال الشافعى لا يضمنهما الذمى ايضا (وان غصب من مسلم خمرا فخلل او جلد ميتة فدبغ فللمالك اخذهما ورد مازاد الدباغ) اى رد زيادة الدباغ ومعناه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب حبسه حتى يستوفى حقه (وان اتلفهما ضمن الخل فقط) دون الجلد عند ابى حنيفة وعندهما يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطى مازاد الدباغ فيه ولو هلك الجلد والخل فى يده

لا يضمن بالاجماع قوله فخلل المراد به التخلل بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالدباغة الدباغة بماله قيمة كالقرظ والعفص وان دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فلصاحبه أن يأخذ الجلد ولا شئ عليه وان استهلكه الغاصب يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ وان خلل الخمر بالقاء الملح فيه فعند ابى حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه وعندهما يأخذه مالكه ويعطى الغاصب مثل وزن الملح من الخل وان خللها بصب الخل فيها فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا ضمان عليه وان لم يصر خلا الا بعد زمان بأن كان الخل المصبوب قليلا فهو بينهما على مقدار ملكهما وقال بعض المشايخ للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شئ (ومن كسر معزفا اواراق سكرا او منصفا) للمسلم (ضمن وصح بيع هذه الاشياء) هذا عند ابى حنيفة وعندهما لا يضمن ولا يصح بيعها (والمعزف) آلة اللهو (والسكر) بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد (والمنصف) ما ذهب نصفه بالطبخ وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتفاق من غير خلاف وقال الفقيه ابو الليث الدف الذى يضرب فى زماننا مع الصنجات ينبغى ان يكون مكروها وقيل الفتوى فى الضمان اى فى عدمه على قولهما لا فى بيع ذلك وهو اختيار صدر الاسلام وهو الصحيح (ومن غصب ام ولد او مدبرا فماتت) فى يد الغاصب (ضمن قيمة المدبرة) بالاتفاق (لا) قيمة (ام الولد) عند ابى حنيفة

فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم الرد عليه عناية واعلم ان يعطى من قوله ويعطى ما زاد الدباغ بفتح الطاء كذا ضبطه شيخنا ووجهه ظاهر اذ لو جعل بكسرها لا يناسب ما قبله من قوله وعندهما يضمن قيمة الجلد مدبوغا لما يلزم عليه من تفكيك الضمير بالنسبة للمستتر فى يضمن (قوله لا يضمن بالاجماع) والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره فى الهداية والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له يومئذ قيمة ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدى والفرض عدمه كذا فى العناية (قوله كالقرظ) بفتحتين والظاء المشالة ورق السلم او ثمر السنط قاموس كذا بخط الشرنبلالى (قوله يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ) لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه والاكثر على انه يضمن قيمته مدبوغا زيلعى (قوله فان خلل الخمر بالقاء الملح الخ) بعضهم جعل هذا مثل ما لو تخللت بنفسها فيضمنها بالاستهلاك شرنبلالية عن النهاية (قوله صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه) لانه بالخلط بماله استهلكه لان الخلط استهلاك (قوله وعندهما يأخذه المالك ويعطى الغاصب الخ) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع فيشتركان عندهما ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا فى دبغ الجلد من انه ليس له ذلك بالاتفاق او عند ابى حنيفة وحده وعندهما له ذلك كذا بخط شيخنا (قوله فعن محمد الخ) وهو قول ابى يوسف ايضا كما فى الزيلعى ونصه ولو خللها بصب الخل فيها قيل تكون للغاصب بغير شئ عند ابى حنيفة سواء صارت خلا من ساعته او بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعته فكما قال ابو حنيفة وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا وقيل ظاهر الجواب ان يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعته او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا على هذه الرواية نهاية عن قاضيخان (قوله فى الوجوه كلها بغير شئ) وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها (قوله ومن كسر معزفا) بكسر الميم من عزف كضرب لعب بالمعازف آلات يضرب بها الواحد عزف كفلس على غير قياس حموى (قوله اواراق سكرا او منصفا) يضمن قيمتهما الا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل جاز كما فى الدرر تبعا للهداية وعبارة الزيلعى لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله انتهى قال الديرى يعنى انا قلنا بضمان السكر والمنصف بالقيمة لا بالمثل لان المسلم ممنوع عن ذلك ولكن لو اخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم والمالية انتهى (قوله ضمن) الا اذا كان كسر المعزف ونحوه بأمر ولاة الامور لا يضمن ديرى (قوله وعندهما لا يضمن ولا يصح بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر والفتوى على قولهما لكثرة الفساد بين الناس وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا وصارت كالامة المغنية ونحوها كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى حيث يجب فيها القيمة غير صالحة لهذه الامور ففى نحو المعزف يضمن قيمته خشبا منحوتا بخلاف ما لو اتلف صليب نصرانى حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم فى حقه وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له كذا فى الدرر وليتأمل فى قوله وهو مقر عليه مع ما اشتهر من انا وان امرنا بتركهم وما يدينون لكن لا تقريرا بل اعراضا (قوله آلة اللهو) كالطنبور والمزمار (قوله فأما طبل الغزاة) مثله طبل الحاج والصيد شرنبلالية (قوله يضمن بالاتفاق) جزم به فى الدرر وغيره (قوله ضمن قيمة المدبرة) ولا يملكها بأداء الضمان لانها لا تقبل النقل من ملك الى ملك وهذا بالاتفاق وقيمة المدبرة ثلث قيمة القن وقيل نصف قيمة القن كذا بخط السيد الحموى والذى فى شارح

العينى وقيمة المدبرة قيل ثلثا قيمة القن وقيل نصف قيمة القن (قوله وعندهما يضمن قيمتهما) وهى ثلث قيمة القن حموى (تتمة) لو وهب ما غصب او باع او تصدق به او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشترى بالثمن عليه ولا يرجع الغاصب من الغاصب ولا السارق منه حموى عن العمادى (فرع) غصب ارضا فقالت زوجته لا اقعد معك فيها ليس لها ذلك والاثم على الزوج منية المفتى (تكميل) الامر بالمعروف فرض ان غلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه الترك ولو علم انه يهان فالترك افضل ولو علم انه لا يقبل ولم يخف ضررا فالامر افضل زيلعى (خاتمة) حل قيد عبد او فتح قفص طائر او باب اصطبل دابة فذهبت لا يضمن خلافا لمحمد وقال السرخسى لو كان العبد عاقلا لا يضمن بالاتفاق وفى الكشف لو امر عبدا بالاباق ضمن ومن سعى ونم الى سلطان ولو غير جائر بغير حق ضمن الساعى وعليه الفتوى فلو كان بحق كأن كان يؤذيه ولا يمكنه دفعه الا بذلك لم يضمن كالمضروب اذا اشتكى الى سلطان فأخذ منه مالا وكذا اذا كان لفسق ولم يمتنع بالامر بالمعروف كما فى المحيط فلو مات الساعى اخذ المظلوم قدر الخسران من تركته وهو الصحيح ولو كان عبدا لم يطالب به الا بعد العتق وذكر الصدر الشهيد انه لو امر انسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لان الامر لم يصح وهذا فى كل موضع يكون الامر فيه غير صحيح قهستانى

(كتاب الشفعة)

قال المطرزى لم نسمع من الشفعة فعلا وما قولهم الدار التى يشفع بها من استعمال الفقهاء حموى عن البرجندى (قوله يصلح سببا التملك كل مال) عمومه شامل للعقار وقد تقدم ان الغصب لا يتحقق فيه عندهما خلافا لمحمد حموى (قوله فلذلك قدم الغصب) اى لعموم متعلقه واحد الشفعة لخصوص متعلقها والخاص يعقب العام حموى (قوله مع كونه عدوانا) افاد به ان اللائق تقديمها عليه لشرعها وحظره ولهذا قال فى العناية والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها أن يكون فى عقد معاوضة مال بمال وان يكون المحل عقارا علوا أو سفلا قابلا للقسمة اولا وركنها أخذ الشفيع من احد المتعاقدين وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بمنزلة شراء مبتدأ فيرد فيها بر ؤية او عيب وان شرط المشترى براءة البائع منه قهستانى وسيصرح المصنف به فى الباب الآتى (قوله ومنه) أى من الضم الشفع الذى هو ضد الوتر الخ (قوله لانه يضم الجانى الخ) أى لان الشافع المدلول عليه بالشفاعة (قوله هى تملك الخ) قال الحموى أى حق تملك الشفيع البقعة فأشار الى ان كلامه على حذف مضاف فيؤول الى ماذكره الشلبى حيث نقل عن الاتقانى ان الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار ولقرينة على حذف هذا المضاف هو قوله وتستقر بالاشهاد اذ بالاشهاد لم يثبت التملك ويدل عليه أيضا قولهم حكمها جواز الطلب لما تقرر من ان حكم الشئ يعقبه او يقارنه (قوله جبرا على المشترى) تقييد به لا للاحتراز عما وسلم المشترى المبيع لمدعى الشفعة برضاه بل لان الغالب عدم رضاه الى هذا أشار القهستانى (قوله وهو الثمن وحق الدلالة) صريح فى ان البدل أعم من الثمن لانه كما ذكره الشارح عبارة عن المؤن التى لزمت المشترى بالشراء ومنه يعلم ما فى كلام العينى كصاحب الدرر من القصور حيث قال بما أى بالثمن الذى قام عليه فلو ابقى المتن على عمومه لكان أولى (قوله وتجب للخليط) فسر ابن فرشته الوجوب بالثبوت فأشار الى انه ليس المراد منه الوجوب الذى يلزم بتركه الاثم وفى التبيين الشريك فى البناء بدون الارض لا يكون خليطا فى المبيع (قوله بأن يكون المبيع مشتركا الخ) لانه عليه

وعندهما يضمن قيمتها ولا فرق بين المدبر والمدبرة
(كتاب الشفعة)
*(الكتاب من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح سببا لتملك كل مال والشفعة لا تجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى ملك الشفيع ومنه الشفع الذى هو ضد الوتر لما فيه من الضم ومنه الشفاعة لانه يضم الجانى الى غيره من الفائزين وفى الشرع (هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه) اى بمثل ما قام وهو الثمن وحق الدلالة والمشترى وهو المؤن بسبب الشراء ما لحقه من المؤن بسبب الشراء (وتجب) الشفعة (للخليط فى نفس المبيع) بأن يكون المبيع مشتركا بين رجلين

السلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم وربع اوحائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ
وان شاء ترك وان باع ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم زيلعى والربع الدار والحائط البستان نهاية (قوله
فباع احدهما من أجنبى) نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل
ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة عناية (قوله ثم للخليط فى حق المبيع) وهو الذى قاسم و بقيت له شركة
فى حق العقار عينى وغيره كالدر قال المرحوم الشيخ شاهين وفيه نظر لان الخليط فى حق المبيع أعم من
ان توجد قسمة اولا بأن كان خليطا فى حق المبيع من غير قسمة و يمكن أن يجاب بأنه غير احترازى
والاصل فى القيود أن تكون لبيان الواقع فالمتن على اطلاقه انتهى وأقول بل هو قيد احترازى لانه ان
كان قبل القسمة استحق الشفعة من حيث كونه شريكا فى نفس المبيع لا من حيث كونه خليطا فى حق
المبيع اذ الشريك فى المبيع مقدم على الخليط فى حقه واعلم ان الدليل على الترتيب قوله عليه الصلاة
والسلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف فالشريك فى نفس المبيع
والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خفية وهو حجة على الشافعى
كذا فى العناية (قوله كالشرب) ولو شاركه أحد فى الشرب وآخر فى الطريق فصاحب الشرب أولى
من صاحب الطريق قهستانى (قوله لا شفعة لغيره) لانه محجوب به قلنا تحقق السبب فى حقه
وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له أن يأخذ اذا اشهد عند علمه بالبيع انه يطلبها وهو نظير دين
الصحة مع دين المرض (قوله والطريق الخاص الخ) فلو كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير
نافذة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة دون العليا وان بيعت فى العليا فلاهل السكتين الشفعة
لان فى العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم أن يمروا فيها وليس فى السفلى حق لاهل العليا الا بمرور
ولا فتح باب جوى (قوله فهو شركة عامة) فان بيع ارض من الاراضى التى تسقى منه لا يستحق
أهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر الصغير (قوله والقراح قطعة ارض الخ) عبارة
النهاية القراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا نبات وقد تجمع على اقرحة كمكان
وأمكنة (قوله وقيل اربعون) وقيل مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر وهو اشبه الاقاويل عينى
(قوله ثم للجار الملاصق) ولو ذميا اوأنثى او صغيرا او مأذونا او مكاتبا او معتق البعض والخصم عن
الصبيان فى الشفعة لهم وعليهم آباؤهم واوصياء الآباء عند عدمهم والاجداد من قبل الآباء عند عدمهم
كما فى الشرنبلالية أى عند عدم اوصياء الآباء وان لم يكن فأوصياء الاجداد فان لم يكن فالامام او
الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فى الخصومة والطلب والجار المقابل فى السكة الغير النافذة كالجار الملاصق
كما فى شرح المجمع لابن فرشته عن الحقائق اما الجار المقابل فى السكة النافذة لا شفعة له واعلم ان فى كل
موضع سلم الشريك الشفعة انما يثبت للجار حق الشفعة اذا كان قد طلب الشفعة حين سمع البيع
والا لم يكن له حق الاخذ الخ وليس المراد بالملاصقة فى قوله ثم للجار الملاصق حقيقتها بل المراد الاتصال
بالمبيع ولو حكما كما اذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولاقصى الدار فى الشفعة سواء قهستانى بقى أن
يقال ما سبق عن شرح المجمع من ان الجار المقابل فى السكة الغير النافذة كالجار الملاصق وجهه ان كلا
منهما يستحقها للشركة فى حق المبيع فلا تعتبر الملاصقة (قوله وهو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة الخ)
هذا القيد وان ذكره غير الشارح أيضا كالعينى والدرر والقهستانى والدر لكن الاولى حذفه لما فيه
من ايهام ما ليس مرادا ولهذا لم يذكره الزيلعى ولا فى شرح المجمع لابن فرشته بل اقتصر على ذكر الملاصق
وكذا فى شرح درر البحار اقتصر على ذكر الملازق فقط وما ذكره الاتقانى و جرى عليه الديرى فى التكملة
وغيره كعزمى زاده حيث قال يستفاد منه ان الجار المحاذى لا اعتبار له يحمل على ما اذا كان بينهما طريق
نافذ بدليل ما فى الجوهرة حيث قال ثم الجار الذى يستحق الشفعة هو الملاصق الذى الى ظهر الدار
المشفوعة وبابه من سكة أخرى دون المحاذى أما اذا كان محاذيا و بينهما طريق نافذ فلا شفعة له وان

وباع احدهما من اجنبى (ثم للخليط
فى حق المبيع كالشرب) بالكسر
وهو نصيب الماء وفى الشرع عبارة
عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع
او الدواب كذا فى المغرب وعن ابى
يوسف ان مع وجود الشريك فى الرقبة
لا شفعة لغيره سلم او استوفى (والطريق
ان كان) كل واحد منهما (خاصا
والطريق الخاص ان لا يكون نافذا
والشرب الخاص ان يكون نهرا
لا تجرى فيه السفن ثم قيل اريد به
اصغر السفن وما تجرى فيه السفن
فهو شركة عامة وهذا عندهما وعند ابى
يوسف رحمه الله الخاص ان يكون
نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة
اقرح والقراح قطعة ارض لا شجر
فيها وقيل اذا كان شركاء النهر ممن
يحصى عددهم فهو خاص وان كانوا
ممن لا يحصى فهو عام فالذى يحصى قدر
مائة وقيل خمسمائة وقيل اربعون
والاصل فى ذلك خلاف ما لا يحصى
الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا
ينفذ اذا انتهى الى الآخر ولا
يكون له منفذ والعام بخلافه (ثم
للجار الملاصق) وهو الذى داره على
ظهر الدار المشفوعة

قربت

قربت الابواب لان الطريق الفارقة بينهما تزيل الضرر انتهى والتقييد بقول الشارح وبابه في سكة أخرى يحترز به عما لو كان بابه في تلك السكة حيث يكون خليطا في حق المبيع فتثبت شفعته بهذا الطريق لا بكونه جارا ملاصقا واذا تحققت هذا عرفت ان هذا التقييد لتمييز الاقسام لا لمغايرة الاحكام كذا ذكره عزمي وذكر في الدرر ما به يحصل تمييز الاقسام فقال صورته منزل مشترك بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق من الشركاء في السكة لانهم اقرب للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فأهل السكة احق للشركة في الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى انتهى وانما اعتبر الترتيب لانها وجبت لدفع الضرر الدائم فكلما كان أكثر اتصالا كان اخص بالضرر فكان احق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك الاقوى فحينئذ يأخذ الاضعف (قوله وبابه في سكة أخرى) نافذة او غير نافذة قهستاني قال وهذا اذا كان المبيع ذا باب ألا ترى انه اذا اشترى نهرا ولرجل ارض في أعلاه الى جنبه ولآخر في اسفله فلهما الشفعة في جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان كل واحد منهما جار له كما في المحيط اه (قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجوار) لحديث جابر انه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره وقوله عليه الصلاة والسلام الجار احق بسقبه ما كان ويروى بصقبه وكلاهما بمعنى واحد وهو القرب وحديث جابر معناه انها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم احق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث عيني (قوله وواضع الجذوع الخ) فان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا كذا في الهداية والكافي وغيرهما وهذه العبارة أحسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار درر (قوله وتأويله اذا كان له حق وضع الجذوع) بأن اذن له صاحب الحائط في وضعها حموي واعلم ان الشارح أشار بقوله من غير أن يملك شيئا من رقبة الحائط الى انه اذا كان له شركة في نفس الجدار تثبت له الشفعة من حيث كونه شريكا في المبيع وبه صرح في الملتقى على ما نقل عنه في الدر لكن استدرك عليه بما ذكره المصنف يعني في المنح وغيره كالزيلعي حيث قال ولو كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا تستحق به الشفعة انتهى ثم رأيت التصريح بان الشفعة تستحق في البناء المجرد بدون الارض في كلام المقدسي ونحوه عن شيخ الدبري حيث قال سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو شريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع وجار في حق الآخر وشريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا انتهى فاستفيد منه ان الشفعة تستحق في البناء المجرد بدون الارض من حيث الجوار ومن حيث الشركة فيه أيضا وما ذكر في الدر حيث استدرك على ما في الملتقى بما قدمناه فيه نظر اذ ما في المنح والزيلعي يحمل على ما اذا لم يكن للبناء المجرد حق القرار يدل على ذلك ما في الدر عن الدرر حيث علل ثبوت حق الشفعة في العلو وان لم يكن طريقه في السفل بانه التحق بالعقار لما له من حق القرار وسيأتي لهذا مزيد بيان (قوله فله حق الشغل) بالمعجمتين حموي (قوله أي تجب الشفعة مقسومة) أشار بهذا التفسير الى ان الظرف متعلق بمحذوف على انه حال وقد يكون المتعلق خاصا لدلالة القرينة على الخصوص حموي (قوله على عدد الرؤس) هذه احدى المسائل التي تجب فيها القسمة على عدد الرؤس لا على الانصباء ثانيها الساحة المشتركة بين البيوت ثالثها الطريق الخاصة رابعها الجبايات خامسها أجرة القسام كذا بخط الشيخ شاهين (قوله بالبيع) متعلق بتجب أي عنده لانه سبب لان السبب الاتصال كما بينا فكان شرطا للسبب فلا يرد ما لو أسقط حقه قبل البيع

وبابه في سكة اخرى وقال الشافعي لاشفعة بالجوار (وواضع الجذوع على الحائط والشريك في خشبة على الحائط جار) وتأويله اذا كان له حق وضع الجذوع من غير ان يملك شيئا من رقبة الحائط لانه اذا كان هكذا فله حق الشغل وكذا اذا كان جارا لا شريكا لا غير فكان جارا وكذا الشريك في خشبة موضوعة على الحائط اذا لم يكن له شئ من البقعة جار لا شريك فلا يستحقها مع الشريك (على عدد الرؤس) اى تجب الشفعة مقسومة على عدد الرؤس دون مقادير الاملاك (بالبيع)

قوله فاستفيد منه الخ ماذكره من جريان الشفعة في البناء ولو على ارض محتكرة مسوغة هو خلاف المنصوص عليه في كتب المذهب كما حرره في حواشي الدر اه بحراوي

مطلب
المسائل التي تجب القسمة فيها على عدد الرؤس

فليتأمل ختى لو أقر بالبيع أخذها الشفيع ولو كذبه المشترى لثبوت البيع باقراره وان لم يثبت ملك المشترى لانكاره حموى ومافى معنى البيع كالبيع كالصلح على مال والهبة بشرط العوض وانما لا يسقط حق الشفيع اذا أسقط قبل البيع لكونه قبل السبب ديرى (قوله وقال الشافعى تقسم الخ) لان الشفعة من مرافق الملك فأشبه الثمرة والربح قلنا استووا فى السبب ولهذا لو انفرد كل واحد أخذ الكل فيستوون فى الحكم ولا ترجح بكثرة العلل بل بقوة فيها كالشهادة حموى ولهذا ذكر الشلبى انه اذا كان أحدهما ملاصقا من جانب واحد والآخر من ثلاث جوانب فهما سواء (قوله يقسم بينهما نصفان) على لغة من يلزم المثنى الالف (قوله يقضى بها بين الحضور على عددهم) لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر بالشك فلو حضر واحد من الشفعاء أولا وأثبت شفعته قضى له بكلها فلو حضر آخر فلو مثل الاول قضى له بنصفه ولو فوقه فبكله ولو دونه منعه ولو أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقى له لم يملك ذلك جبرا على المشترى لضرر تفريق الصفقة ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين البقية بل لو طلب أحد الشريكين النصف بناء على انه مستحقه فقط بطلت شفعته اذ شرط صحتها ان يطلب الكل ولو أسقط بعضهم حقه بعد القضاء ليس لمن بقى أخذ نصيب التارك لانه بالقضاء انقطع نصيب كل واحد منهم فى نصيب الآخر بخلاف ما قبل القضاء حيث كان للباقى أخذ الكل لزوال المزاحمة كذا فى التنوير وشرحه معزيا للخلاصة والزيلعى ولو لم يطلب الخليط فى حق المبيع حين غيبة الشريك فاذا حضر وسلم ليس للخليط ان يأخذها ابن فرشته (قوله وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لابد من طلب المواثبة وهو ان يطلب كما سمع ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد كذا فى الزيلعى ويخالفه ما فى الدرر حيث قال وتستقر بالاشهاد اذ لابد من طلب المواثبة فاذا اشهد ابتداء على طلبها تيسر أخذ المقصود بحكم القاضى ولم تبق حاجة الى اليمين ولهذا اعترض عليه فى الشرنبلالية فقال صواب قوله اذ لابد من طلب المواثبة اذ لابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة لان طلب المواثبة هو الذى يستغنى عنه بالاشهاد ابتداء فلم يبق بد من الاشهاد وعلى ما صوبناه يتفرع قوله فاذا اشهد ابتداء على طلبها الخ ولو كان كما قال لم يصح التفريع انتهى وأجاب الشيخ شاهين بان ما ذكره فى الدرر من قوله وتستقر بالاشهاد هو طلب المواثبة اذا اتصل به الاشهاد عند البائع قبل التسليم او المشترى او الدار وحينئذ يستغنى به عن الاشهاد فى الطلب الثانى لقيامه مقام الطلبين كما سيأتى قال وبهذا يسقط تصويب شيخنا الشرنبلالى الخ (قوله او بقضاء القاضى) عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه يعنى يثبت الملك للشفيع بأحد أمرين اما بالاخذ بالتراضى او بحكم الحاكم من غير أخذ لكن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع ان يمتنع من الاخذ اذا سلم المشترى له من غير قضاء لان فى القضاء زيادة فائدة وهو صيرورة الحادثة معلومة للقاضى وتبين سبب ملكه له زيلعى وابن فرشته فلو كان المبيع كرما فأكل المشترى ثماره سنين فانه لا يضمن ولا يطرح عن الشفيع شئ من الثمن لما أكل اذا حدثت الثمار بعد قبض المشترى لان الملك ثابت له حتى لو آجره تطيب له الاجرة فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد اتقانى وابن فرشته (قوله ولا يستحقها فى الثالثة لعدم الملك فى المشفوعة) فكيف يستحق بها غيرها كذا بخط شيخنا

(باب طلب الشفعة)

لما فرغ من بيان مشروعية الشفعة وسببها وحكمها شرع فى بيان ما يتوقف ثبوت الشفعة عليه من بيان الطلب وكيفيته وسمى الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام

وقال الشافعى تقسم بينهم على عدد سهامهم حتى لو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه اجنبيا وأخذ السدس المبيع بالشفعة فعندنا الشريكان نصفان وعنده يقسم بينهما ثلاثة اخماسه لصاحب النصف وخمسان لصاحب الثلث ولو اسقط بعضهم حقه فهو للباقين على عددهم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحضور على عددهم (وتستقر) الشفعة (بالاشهاد وتملك بالاخذ بالتراضى او بقضاء القاضى) وفائدته تظهر فيما اذا مات الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم وتسليم المشترى لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لعدم الملك فى المشفوعة

(باب طلب الشفعة)

الشفعة

الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه كذا في التكملة للديري واعلم ان الطلب ينقسم الى ثلاثة طلب مواثبة وأشار اليه المصنف بقوله فان علم بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب وطلب تقرير وأشار اليه بقوله ثم أشهد على البائع لو في يده الخ وطلب تملك واليه أشار بقوله فان طلب عند القاضي الخ (قوله والخصومة) ليس طلب الخصومة مغايرا الطلب الاخذ أعني طلب التملك بل هو عينه ولهذا قال الحموي المراد بطلب الخصومة طلب التملك اه ويشير الى ذلك أيضا ما سيأتي في الشارح من قوله واعلم ان صورة طلب المخاصمة ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا الخ ومن هنا تعلم ما في كلام بعضهم مما يقتضي المغايرة بين طلب الاخذ وطلب الخصومة بل كلامه يقتضي ان طلب الخصومة قدر زائد عن أقسام الطلب وليس كذلك (قوله فان علم الشفيع الخ) بان أخبره رجلان او رجل وامرأتان أو واحد عدل عند الامام وعندهما بخبر واحد ولو عبدا صغيرا اذا كان الخبر حقا ولو أخبره المشتري يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم والعدالة في الخصوم غير معتبرة عيني وكذا اذا أخبره رسول المشتري (قوله أي مجلس علمه) قال في الخلاصة اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فأشهد حين أصبح صح شلبي عن الاتقاني (قوله على فور علمه بالبيع) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان أولى لانه لا يشترط سوى كون الطلب في مجلس العلم بناء على احدى الروايتين عن محمد ان للشفيع مجلس العلم كالمخيرة وهي الاصح كما في الدر عن الدرر وذكر ان المتون عليه خلافا لما في جواهر الفتاوى من انه على الفور وعليه الفتوى على ان اشتراط الشارح الفورية هنا لا يناسب ما سيأتي من قوله وبالثانية أي رواية انه له مجلس العلم أخذ الكرخي وهو أصح الروايتين ثم اني رأيت في الشرنبلالية ذكر ما يقتضي ميله الى ترجيح القول بالفورية حيث ذكر ان اعتبار الطلب في مجلس علمه خلاف ظاهر الرواية وعند عامة المشايخ يشترط اتصال الطلب بعلمه حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب او تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما في الخانية والزيلعي وشرح المجمع انتهى (قوله لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة) وقال الحسن بن زياد ليس عليه ان يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد حموي عن غاية البيان وفي التكملة للديري عن القدوري قال والمراد الطلب في مجلسه كما علم سواء كان عنده أحد ام لم يكن قال الاقطع وانما يفعل ذلك وان لم يكن عنده أحد لئلا يسقط حقه ديانة وفي المبسوط لكي يتمكن من الحلف اذا حلفه المشتري الخ (قوله والطلب صحيح من غير اشهاد) وانما الاشهاد لمخافة الجحود درر ولو علم البيع عند أحد هذه الثلاثة يعني البائع او المشتري او العقار وطلب وأشهد عليه يكفيه فلا حاجة الى طلب الاشهاد ثانيا ابن فرشته وانما قال عند أحدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين درر (قوله أمكنه ان يحلف الخ) يشير الى ما في الظهيرية على ما ذكره السيد الحموي من انه لو قال طلبت حين علمت فالقول له وحكي عن عبد الواحد الشيباني انه لا يصدق على الطلب يعني الا بالبينة وما في الدرر من ان الشفيع اذا قال طلبت حين علمت فالقول له بيمينه ولو قال علمت امس وطلبت كلف اقامة البينة لانه أضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى ما لا يملك استئنافه للحال فيه منافاة ظاهرة اذ ما ذكره ثانيا من انه يكلف اقامة البينة لا يلائم ما ذكره اولا من ان القول له بيمينه لانه لا يستحلف الا اذا اسند الطلب الى الزمن الماضي فلزم من كلام صاحب الدرر خلط احد القولين بالآخر بقي أن يقال ليس المراد من قول الشارح والطلب صحيح من غير اشهاد انه في طلب المواثبة يتخير بين الاشهاد وتركه بل هو محمول على ما اذا بلغه البيع ولم يجد من يشهده حتى لو تمكن من ذلك ولم يشهد بطلت شفعته بدليل ما في الهداية حيث قال اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته ولا ينافيه قوله قبل ذلك الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم خلافا لمن توهم ذلك فاعترض عليه بأن بين كلاميه تناقضا لان منشأ الاعتراض كما ذكره في الدرر الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك الخ

والخصومة فيها (فان علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه) اي مجلس علمه (على الطلب) على فور علمه بالبيع من غير توقف حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته سواء حضره انسان اولا وذكر في المبسوط اذا علم الشفيع بالبيع وهو بحضرة من المشتري فالجواب واضح اي يطلبها وكذا اذا كان بحضرة من الشهود ينبغي ان يشهدهم على طلبه ولذلك لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه

لكن اعتمد في الشرنبلالية على ماذكره الشيخ اكمل الدين حيث أول عبارة الهداية بأن المراد من ترك الاشهاد مع القدرة حين العلم بالبيع ترك طلب المواثبة فان ترك ماليس بشرط في شئ لا يبطله ويعضده قول صاحب الهداية من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله هنا الاعراضه عن الطلب انتهى أى و عضد تفسير ترك الاشهاد على طلب المواثبة بترك طلب المواثبة قوله هنا الاعراضه عن الطلب فانه انما يكون معرضا عنه بتركه لا بترك الاشهاد عليه كذا ذكره شيخنا ومحصله ان الشفعة لا تبطل بترك الاشهاد على طلب المواثبة ولو مع القدرة بل بترك الطلب حيث لا عذر بأن لم يأخذ احد فه ولم يكن في الصلاة حين علمه بالبيع بخلاف الاشهاد على طلب التقرير فانها تبطل بتركه مع التمكن ولهذا نقل في الدر عن الذخيرة انه اذا كان في مكان بعيد فسمع فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار وعلى ذي اليد وكل وكيلا أو يرسل رسولا أو كتابا فان لم يفعل فهو على شفعته انتهى وهكذا ذكر في التنوير ونصه وهذا أى طلب التقرير لا بد منه حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته الخ وهذا أعنى اشتراط ارسال الوكيل أو الرسول أو الكتاب لا ينافي ماذكره الزيلعي حيث قال وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة كما يتوهم لانه لم يشترط ارسال شئ من ذلك لان كلامه مفروض فيما اذا ذهب الى احد هذه الثلاثة بعد ان طلب طلب المواثبة ولم يتأخر بدليل قوله بقدر المسافة فيحمل ماسبق عن الذخيرة والتنوير على ما اذا لم يكن توجهه الى احد هذه الثلاثة بعد طلب المواثبة فورا بأن تراخى في التوجه فتدبر (قوله فقرأ الكتاب الخ) بلا طلب بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا بعد العلم بالزوج (قوله ثم اشهد على البائع لو كان العقار في يده الخ) شروع في بيان الطلب الثاني وهو طلب التقرير وقدمنا انه لو اشهد في طلب المواثبة بحضرة البائع أو المشترى أو العقار كفى عن طلب التقرير وقدمنا ان الشفعة تبطل بترك الاشهاد على طلب التقرير بخلاف ترك الاشهاد على طلب المواثبة وكما تبطل بترك الاشهاد على طلب التقرير تبطل بتأخيره من غير عذر ذكره الشلبي لكن نقل السيد الحموى عن البدائع ان الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطا لصحته كما انه ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه انتهى (قوله أو على المشترى) وان لم يكن ذا يد لانه مالك در (قوله أو عند العقار) لتعلق الحق به ابن فرشته (قوله لا يصح الطلب عنده) لانه لا يكون خصما بعد تسليم المبيع الى المشترى لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده زيلعي ونص محمد في الجامع الكبير انه يصح الاشهاد على البائع بعد تسليم المبيع استحسانا لانه عاقد لا قياسا كذا ذكره ابن فرشته قال وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى دارا أو هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وانا طالبها الآن فاشهدوا على ذلك ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على احد هذه الثلاثة فان ترك الاقرب من هؤلاء وطلب الابعد بطلت شفعته الا أن يكونوا في مصر وعن محمد انها مقدرة بثلاثة ايام وعن الشافعي ان له الطلب في جميع عمره اه (قوله انه صحيح استحسانا) يعني وما مشى عليه المصنف وغيره من اصحاب المتون قياس فهذه المسئلة مما قدم فيه القياس على الاستحسان حموى (قوله مطلقا عند ابي حنيفة) هذا الاطلاق في مقابلة التفصيل اللاحق المنقول عن محمد حموى (قوله وهو رواية عن ابي يوسف) وعنه انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين زيلعي (قوله وهو ظاهر الرواية) أى عن ابي حنيفة وأما ظاهر الرواية عن ابي يوسف فكقول محمد كما يعلم من كلام الشارح الآتي قريبا

فقـرأ الكتاب الى آخره بلا طلب بطلت شفعته بتأخير الطلب وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم وعلى هذا لا يبطل بالتأخير الى آخر المجلس والروايتان في النوادر وبالثانية أخذ الكرخي وهي أصح الروايتين (ثم اشهد على البائع لو) كان العقار (في يده أو على المشترى) أو عند العقار) ولو لم يكن المبيع في يد البائع ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري والناطفي انه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام انه صحيح استحسانا وهكذا ذكر شيخ الاسلام احمد الطواويسي كذا في شرح الهداية للسيد (ثم لا تسقط) الشفعة بعد الطلبين (بالتأخير) أى تأخير طلب الخصومة مطلقا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف وهذا ظاهر الرواية

حموى يعني بما سيأتي من قوله فعند ابي يوسف ومحمد ان تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه (قوله وعن محمد انه ان ترك ذلك شهرا الخ) المناسب لما سيأتي من قوله وعند ابي يوسف ومحمد أن يقال هنا أيضا وعند محمد كذا بخط شيخنا (قوله وهو قول زفر) لانها لو لم تسقط به تضرر المشتري اذ لا يمكنه التصرف حذر نقضه من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل ومادونه عاجل كما مر في الايمان والفتوى اليوم على هذا لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير ووجه قول الامام وهو ظاهر المذهب ان حقه تقرر شرعا فلا يبطل بتاخيره كسائر الحقوق الا أن يسقطها بلسانه وما ذكره من الضرر يمكن دفعه برفع الشفيع الى القاضي ليأمره بالاخذ أو الترك فمتى لم يفعل فهو المضر بنفسه وبه يفتى كذا في الدرر عن الهداية والكافي فتحصل من هنا ومما يأتي في كلام الشارح حيث قال وعند ابي يوسف ومحمد ان تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ان الترجيح قد اختلف لكن في الشرنبلالية عن البرهان وهو اصح ما يفتى به يعني ان تصحيح صاحب الذخيرة والمغني وقاضيخان في جامعه الصغير من كون تقدير السقوط بشهر اصح من تصحيح صاحب الهداية والكافي عدم سقوطها بالتأخير ابدا كسائر الحقوق والفرق بين الشفعة وبين سائر الحقوق في الشرنبلالية (قوله لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا) اذ لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا درر وكذا لو كان فيها قاض لكنه شافعي لا يرى شفعة الجوار حموى (قوله فان اقر بملك الخ) يشير الى انه لا يكتفي بظاهر اليد واكتفى به زفر وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف لان اليد دليل الملك ظاهرا ولهذا لا يجوز للشهود أن يشهدوا بالملك بمشاهدة اليد ولنا ان ظاهر الملك يصلح لدفع دعوى الغير لا للاستحقاق به ابن فرشته وشرنبلالية عن البرهان (قوله فان اقر به أو نكل) وفي كونه يحلف على الحاصل أو السبب خلاف كما في العيني وكلام ابن فرشته يقتضي تقييد الخلاف بما اذا لم تكن الدعوى على من لا يرى الشفعة بالجوار فيستحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي (قوله بجميع الصور) أي بمجموع الصور وجملتها لا بكل واحدة منها حموى (قوله وبين مصرها الخ) لانه ادعى فيها حقا فلابد من ان تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها زيلعي (قوله وانا شفيعها بداري الخ) بيان حدود الدار المشفوع بها شرط على ما في الفتاوى لا على ما قاله الخصاف حموى عن البيانية (قوله هل قبض الدار ام لا) لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع زيلعي (قوله بأي شئ يدعي الشفعة) لاحتمال انه ادعى بسبب غير صالح أو انه محجوب بغيره كذا في الزيلعي وقوله بسبب غير صالح كالجار المقابل فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلابد من البيان شيخنا عن العناية ومنه يعلم ان ما قيل من انه لا حاجة للسؤال عن السبب الذي يدعي به الشفعة للاستغناء عنه بقوله السابق وأنا شفيعها بداري غير مسلم نعم أن يقال ما في العناية حيث مثل لدعوى الشفعة بسبب غير صالح بالجار المقابل يحمل على ما اذا كانت في سكة نافذة فلا يخالف ما قدمناه عن ابن فرشته معزيا للحقائق فتدبر (قوله ان تطاولت المدة) بأن ترك طلب التملك والخصومة شهرا فأكثر وأما عند الامام فلا يلزم السؤال عنه لانها عنده بعد الطلبين لا تسقط بالتأخير (قوله استحلف المشتري بالله الخ) يعني يستحلف اذا طلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه وانما يحلف على العلم لا على البتات لانه استحلاف على فعل الغير والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لليهود في القسامة ليحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فكان ذلك اصلا في ان اليمين اذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات واذا كانت على فعل الغير كانت على العلم كذا ذكره الحموي عن البناية مطلقا لكن قيده في شرح المجمع بما اذا قال المشتري ما علم ولو قال اعلم انه غير مملوك للشفيع يحلف على البتات انتهى بالعزو الى فصول الاستروشني (قوله بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره) هذا اذا كان ينكر ملكه فيما يشفع به وان كان ينكر جواره للدار المشتراة حلفه على ذلك (قوله هذا

بغير عذر كالمرض والحبس ونحوهما بطلت شفعته وهو قول زفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا (فان طلب الشفيع (عند القاضي) الشفعة (سأل) القاضي (المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به أو نكل) المدعى عليه عن اليمين (أو برهن الشفيع) على الدار التي يطلب الشفعة بها (سأله) اى القاضي المشتري (عن الشراء فان اقر به أو نكل أو برهن الشفيع) على الشراء (قضى) القاضي (بها) متعلق بجميع الصور واعلم ان صورة طلب المخاصمة ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا ويبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بداري ويبين حدودها فمره بتسليمها الي فبعد ذلك سأله القاضي ان المشتري هل قبض الدار ام لا واذا بين ينبغي ان يسأله بأي شئ يدعي الشفعة واذا بين يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشايخنا رحمهم الله والصحيح ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف اخبرت وانما اختاروا الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو حين اخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاشهاد هل طلبت الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم يسأله عن الذي طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فان انكر ان يكون شفيعها بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر ان تكون الدار بجنب الدار المشتراة أو أن تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعي فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به هذا

قول ابي يوسف) وعليه الفتوى حموى عن التتارخانية (قوله وعند محمد يحلف على البتات) لان المدّعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء وهو ينكره حموى عن الذخيرة (قوله ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى) فتجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي وعند محمد لا يقضى له بها حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر انه لا يجب عليه الا بعد القضاء لانه قبل القضاء غير واجب عليه فلا يطالب به كذا في العيني وبعد القضاء يلزمه احضاره وللمشتري حبس الدار لقبضه فلو قيل للشفيع أد الثمن فاخر لم تبطل كذا في التنوير أي لا تبطل بالاجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد حيث تبطل لعدم التأكد زيلعي (قوله وهذا ظاهر رواية الاصل) لم يقل رواية الاصل لعدم التصريح به في الاصل هكذا ولكن ذكر ما يدل عليه حيث قال للمشتري حبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات حموى (قوله وعن محمد الخ) صوابه وعند محمد لان ما ذكر مذهبه لا رواية عنه وفي البناية لو قضى القاضي بالشفعة قبل احضار الثمن ينفذ القضاء عند محمد لوقوعه في محل مجتهد فيه حموى (قوله لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن) لاحتمال أن يكون الشفيع مفلسا فيتوى مال المشتري ابن فرشته (قوله لا يسمع البينة حتى يحضر المشتري) لان لكل منهما في المبيع حقا للبائع اليد وللمشتري الملك والشفيع يتعرض للحقين جميعا فلابد من حضورهما عيني (قوله فيفسخ بالرفع) انما قيد بالرفع لئلا يتوهم عطفه على يحضر أو كونه منصوبا في جواب النفي وكلاهما لا يصح من جهة المعنى فتدبر حموى ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض لان نقض البيع لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع ذكر في الهداية ان فسخه بالاضافة الى المشتري لان قبض المشتري مع ثبوت حق الآخر للشفيع ممتنع فيبقى اصل البيع الصادر من البائع مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد اذ لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية أو العيب اذا رآه المشتري أو اشتراه على ان البائع بريء من كل عيب قال في العناية والجواب ان الصفقة تحولت للشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وسقوط خيار الرد في جانب المشتري لعارض وهو الرؤية أو قبول العيب ولم يوجد ذلك في حق الشفيع (قوله بمشهده) أي بحضور المشتري لانه المالك (قوله والعهدة على البائع) يعني قبل تسليم المبيع الى المشتري كذا في متن التنوير ويشير الى ذلك قول الشارح بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت (قوله حيث لا يشترط حضور البائع) ولا تكون العهدة عليه لانه صار أجنبيا درر (قوله والوكيل بالشراء خصم) فلا يشترط للقضاء حضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره بخلاف الوكيل والاب ووصيه كالوكيل زيلعي ملخصا وفي هذا المقام سؤال وجواب يعلم بمراجعة الديري وقول الزيلعي ووصيه كالوكيل يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد وهذا اذا كانت الورثة صغارا لانه قائم مقام الاب ولو كانوا كبارا وصغارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبي حنيفة وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم دون عقارهم كذا في تكملة الديري عن المختلف قال وفي الدراية قيد بما يجوز بيعه لان بيع الوصي يجوز بالغبن اليسير لا الفاحش وكذا لو كانت الورثة كلهم كبارا لا يجوز بيع الوصي اذا لم يكن على الميت دين الخ ومنه يعلم ان الزيلعي قد أطلق في محل التقييد واعلم ان المفتى به ان الوصي لا يملك بيع عقار الصغير الا لمسوغ كما لو باعه بضعف قيمته

قول ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحلف على البتات كذا في شرح السيد للهداية (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل) يلزم الشفيع احضاره (بعد القضاء) بالشفعة وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة (وخاصم) الشفيع وطلب الشفعة (البائع) لو كان العقار (في يده) فاذا انكر البائع كونه مالكا للذي ذكر مما يشفع به بعد الخصومة فاء المدّعي بالبينة (لا يسمع) القاضي (البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ) بالرفع أي القاضي (البيع بمشهده) أي بحضور المشتري ويقضى بالشفعة على البائع (والعهدة) أي ضمان الثمن عند استحقاق الدار (على البائع) بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يشترط حضور البائع فيخاصم المشتري وقال الشافعي العهدة على المشتري بكل حال سواء اخذها من يد البائع أو من المشتري (والوكيل بالشراء خصم) أي اذا وكل رجلا المشتري له دارا فاشترى له دارا فالوكيل له خصم (للشفيع ما لم يسلم) الدار (الى الموكل) فان سلم اليه فالموكل هو الخصم وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله الشفيع لا يأخذها من يد الوكيل لكن يقال سلمها الى الموكل ثم يأخذها الشفيع من الموكل كذا في الحواشي نقلا عن الشرح (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه)

أوكان خرجه يزيد على دخله اوخيف هلاكه كان كان على شاطئ نهر اونحو ذلك مما ذكر فى محله كحاجة النفقة (قوله أى من كل واحد من خيار الرؤية والعيب) فيه اخراج لكلام المصنف عن الظاهر المتبادر وهو افراد الضمير لفظا ومعنى عائدا على العيب كما هو حل الزيلعى والعينى حيث قال مبينا المرجعه أى من العيب وقد مر ان اسقاط خيار الرؤية قبلها غير صحيح فلا يترتب على اشتراط البراءة من خيار الرؤية فائدة فلو قال ولا يسقط برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه كما فى الزيلعى لكان أولى كذا ذكره شيخنا وماوقع فى شرح العينى من قوله لان الشفيع ليس بنائب عنه فلا يسقط حقه لاسقاط المشترى صوابه لان المشترى الخ (قوله لانه ينكر وجوب تسليم المبيع بالثمن الاول) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها منكر والمراد بالثمن الاول المذكور أولا وهو قول الشفيع اشتريتها بمائة فانه ذكر أولا والمسئلة مقيدة بما اذا كانت الدار مقبوضة والثمن منقودا حموى ولا يتحالفان لانه عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلم يكن فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس عينى (قوله وان برهنا فللشفيع) لان بينته أكثر اثباتا معنى وان كانت بينة المشترى أكثر اثباتا صورة لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشترى فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار اليه واذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شئ بل يتخير بين الاخذ والترك درر (قوله وعند أبى يوسف والشافعى الخ) الذى فى العينى وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى وعند الشافعى وأحمد تهاترتا والقول للمشترى وعنهما يقرع وعند مالك يحكم بالاعدل والا باليمين انتهى (قوله البينة بينة المشترى) لانها مثبتة للزيادة ولهما ماسبق من ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة لان الشفيع لو ترك يترك عينى (قوله أخذها بما قال البائع) لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع فيأخذه به عينى (قوله ويترادان) فيه تسامح اذ الرد من طرف المشترى فقط لان موضوع المسئلة ما اذا لم يقبض البائع الثمن (قوله فيأخذها الشفيع بذلك) لان النكول كالاقرار بما يدعيه خصمه زيلعى (قوله ويأخذ الشفيع بقول البائع ان شاء) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ ألا ترى ان الدار اذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بغير قضاء زيلعى (قوله وان قبض أخذها بما قال المشترى) أى قبض جميع الثمن حتى لو قبض بعضه وبقى منه شئ فالقول قول البائع كما فى المبسوط وانما يأخذها بما قال المشترى اذا ثبت قبض جميع الثمن بالبينة أو اليمين لان البائع باستيفائه الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى وقد ثبت ان القول فيه للمشترى كما فى الدرر وقال فى الشرنبلالية هذا اذا كان قبض الثمن ظاهرا كما ذكر بان ثبت بالبينة او اليمين ولو كان غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن كما فى التبيين انتهى (قوله أى اذا حط البائع الخ) يشير الى مانقله الشلبى عن الخانية من ان وكيل البائع اذا حط بعض الثمن عن المشترى صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطا عن الشفيع لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد (قوله سقط ذلك عن الشفيع) لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن عينى ولو علم انه اشتراه بألف فسلم ثم حط البائع مائة فله الشفعة كما لو باعه بألف فسلم ثم زاد البائع له جارية أو متاعا كذا فى الدر عن القنية وهل يأخذ الشفيع الجارية أو المتاع مع العقار أو العقار فقط ان قلنا بالاول يلزم تملك الجارية أو المتاع بطريق الشفعة ولا وجه له وان قلنا بالثانى يلزم تفريق الصفقة على المشترى فليحرر ثم رأيت بخط شيخنا مانصه باع عقارا وعبدا يأخذ الشفيع العقار لا العبد قال وسيأتى عن الخانية انتهى

اى من كل واحد من خيار الرؤية والعيب (وان اختلف الشفيع والمشترى فى) مقدار (الثمن) فقال الشفيع اشتريتها بمائة وقال المشترى اشتريتها بمائة وعشرين (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ينكر وجوب تسليم المبيع بالثمن الاول (وان برهنا فللشفيع) وعند أبى يوسف والشافعى البينة بينة المشترى (وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه اقل منه ولم يقبض) البائع (الثمن اخذها) أى الدار الشفيع (بما قال البائع) من الثمن مطلقا سواء كانت الدار فى يده او فى يد المشترى كذا فى الايضاح وانما قيد بقوله أو لا بد لو ادعى البائع الاكثر قبل قبض الثمن والمشترى يتحالفان أى البائع والمشترى ويترادان وايهما نكل ظهران الثمن ما يدعيه الآخر فيأخذها الشفيع بذلك فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما ويأخذ الشفيع بقول البائع ان شاء (وان قبض اخذها بما قال المشترى وحط البعض يظهر فى حق الشفيع) أى اذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع خلافا للشافعى

ولا يخالفه ما ذكره في شرح المجمع لابن فرشته حيث قال باع العقار مع العبيد والدواب تثبت في الكل تبعا للعقار انتهى لان المراد بالعقار خصوص الارض وبالعبيد الحراثون وبالدواب آلة الحراثة وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي اشترى دارين شفيعهما واحد صفقة ليس له أخذ واحدة دون الاخرى لتفريق الصفقة سواء كانتا متلاصقتين أو ببلدين وقال زفر له أخذ واحدة بما يخصها من الثمن ولو كان شفيعا الواحدة فقط وقد بيعتا صفقة له أخذ ما يشفعها في الصحيح وعليه الفتوى وروى له أخذ الكل انتهى (قوله لا حط الكل) أي فيأخذها الشفيع بالثمن المسمى الذي أبرأه عنه البائع شرنبلالية لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما كذا في الزيلعي وكذا صرح بكونه فاسدا في النهاية خلافا لما في الدرر من قوله لان العقد حينئذ يكون بيعا باطلا ولهذا قال في الشرنبلالية الصواب انه يكون فاسدا لانه في حكم المسكوت عن ثمنه بل أرقى منه اذا التسمية وجدت لان الحط ليس الا المسمى ثم رأيت الشيخ شاهين نقل عن شيخه الشوبري ان المراد من قول العيني لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل ما اذا نفى الثمن أما لو سكت عن الثمن فهو فاسد ثم قال ويمكن الجواب بان البيع شرطه التراضي ولا يكون الا بذكر الثمن أما اذا نفى فهو باطل بخلاف البيع هنا لان الشفيع يأخذ بالشفعة جبرا فيحكم بالبطلان سواء سكتا عن الثمن أو نفياه انتهى ولو تصدق البائع على المشتري بالثمن يأخذها الشفيع به أو بالقيمة فيه تفصيل ان تصدق به عليه قبل قبضه يأخذه الشفيع بالقيمة الا ان يكون قبض الثمن كله ثم تصدق به عليه حموي عن الجامع الصغير (تتمة) ما سبق عن الزيلعي والدرر من تعليل عدم التحاق حط الكل باصل العقد بانه لو التحق الخ تعليل للمنفي فلا ينافي ما قدمناه عن الشرنبلالية ورأيت بخط شيخنا ما نصه وحيث ان حط الكل لا يلتحق باصل العقد فله الاخذ بالشفعة بجميع الثمن المسمى عند العقد ان شاء انتهى (قوله ولا زيادة) لاستحقاق الشفيع الاخذ بما دونها درر (فرع) قضى القاضي بالشفعة للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري ورضي به الشفيع لا يجوز (قوله بعرض) بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد كذا ضبطه بعضهم وعبارة القاموس العرض المتاع ويحرك وكل شيء سوى النقدين اه (قوله بقيمته) وتعتبر قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ شلبي عن النافع (قوله وقال أهل المدينة) يعني الامام مالكا وأصحابه (قوله وبحال لو مؤجلا) فان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل زيلعي وهذا اذا كان الاجل معلوما أما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد شلبي عن الغاية معزيا للذخيرة وقوله وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد يعني الا اذا سقط حق الفسخ بان بنى المشتري أو غرس لزوال المانع (قوله أو يصبر حتى يمضي الاجل) ولو لم يطلب الشفيع الآن وسكت عن طلبه ليطلبها عند الاجل بطلت شفعته لان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له حق الاخذ الآن بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة كذا في الدرر وفيه نظر لان هذا طلب تملك ولا تبطل الشفعة بتأخيره الى حلول الاجل لا عند الامام لانه لم يقدر له مدة ولا عند محمد لتقديره بشهر كذا في الشرنبلالية وما أجاب به بعضهم من أنه أراد بقوله ولو لم يطلب الآن الخ طلب المواثبة والتقرير يأباه تعليل البطلان بقوله لان حق الشفيع قد ثبت ويأباه أيضا قوله والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه الخ لان حقه انما يثبت بعد طلب المواثبة والتقرير فتعليله بان حقه قد ثبت يقتضي ان مراده بالطلب طلب التملك (قوله له ذلك) لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي تملك به المشتري والاجل صفة للدين ألا ترى انه يقال دين حال ودين مؤجل ولنا ان الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع ولا نسلم أنه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق

(لاحط الكل و) لا (الزيادة) أي اذا
زاد المشتري في الثمن بعد ما تقرر
الثمن لا تظهر زيادة الثمن في حق
الشفيع (وان اشترى دارا بعرض
او بعقار أخذها الشفيع بقيمته) أي
بقيمة العرض أو العقار وقال أهل
المدينة بأخذها بقيمة الدار (و) (لو)
أخذها (بمثله) أي بمثل الثمن (لو)
كان الثمن (مثليا) كالمكيل
والموزون والعددي المتقارب
(و) بحال لو مؤجلا او يصبر حتى يمضي
الاجل (فأخذها) أي اذا باع دارا
بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء
أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
يمضي الاجل ثم يأخذها وليس له أن
يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال
زفر ومالك والشافعي له ذلك (و)
[illegible] (بمثل الخمر وقيمة الخنزير

الطالب ولو كان وصفاله لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان وصفاله لثبت زيلعي (قوله ان كان الشفيع ذميا) فلو مرتد الاشفعة له سواء قتل على ردته اومات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث كما في العناية واعلم ان عدم ثبوت الشفعة للمرتد هو مذهب الامام خلافالهما لان تصرف المرتد عند الامام موقوف فاذا اتصل به الموت حكم بانه لم يكن صحيحا وعند أبي يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد بمنزلة من عليه القصاص فتصرفه صحيح كذا ذكره الاتقاني وقال أيضا اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج عن ملك البائع وقد خرج كذا ذكره الشلبي والمستأمن كالذمي كما في الزيلعي ولا بد وان يكون البائع أيضا ذميا والا يفسد البيع فلا تثبت الشفعة در عن ابن الكمال بالعزو الى المبسوط وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي أسلم أو فاسق تاب ولو اختلف فيه فالقول للمشتري در عن العناية ولو اسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع سواء كانت الدار مقبوضة أو غير مقبوضة لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولا تبطل شفعته فيأخذها الشفيع بقيمة العبد زيلعي مع نهاية (فــرع) اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لا شفعة له وان سلم أهلها لان أحكامنا غير جارية فيها شلبي عن الاتقاني (قوله وبقيمتهما لو مسلما) ثم قيمة الخنزير هنا قائمة مقام الدار لا مقام الخنزير ولهذا لا يحرم تمليكها بخلاف المرور على العاشر در وايضاحه ما ذكره الزيلعي في باب المهر جوابا عما يقال ان أخذ قيمة الخنزير كأخذ عينه فلا يجوز للمسلم تمليكها ولا تملكها من قوله ان قيمة الخنزير انما تكون كعينه ان لو كانت بدلا عن الخنزير كما في مسئلة النكاح أما لو كانت بدلا عن غيره فلا وفي مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها للتقدير لا غير فلا يكون لها حكم عينها انتهى وقوله كما في مسئلة النكاح يشير الى انه اذا تزوجها على خنزير يجب لها مهر المثل لا قيمة الخنزير وقوله في الدر بخلاف المرور على العاشر أي حيث لا يعشر العاشر من قيمته (قوله وان اشترى عرصة الخ) محل ثبوت الخيار للشفيع اذا كانت الارض تنقص بالقلع أما اذا كانت لا تنقص بالقلع فليس للشفيع تملك البناء والغرس جبرا على المشتري كالغاصب اذا بنى أو غرس يؤمر بقلع البناء والغرس فان كانت الارض تنقص بالقلع فللمالك أن يضمن قيمتهما للغاصب مقلوعين ديري (قوله أو كلف المشتري قلعهما) الضمير المستتر في كلف عائد الى الشفيع والمشتري بالنصب مفعوله الاول وقلعهما مفعوله الثاني نوح أفندي قال وهذا يعني القلع هو القياس في الزرع أيضا قال الزيلعي الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس للشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجر واعلم ان التقييد بالبناء والغرس للاحتراز عما لو صبغها بلون كثيرة او طلاها بجص كثير خير الشفيع بين تركها وأخذها ويعطي ما زاد الصبغ لتعذر نقضه ولا قيمة لنقضه بخلاف البناء در عن حاوي الزاهدي (قوله وعن أبي يوسف انه لا يكلف الخ) لان ضرره بالزام القيمة أهون من ضرر المشتري بالقلع بيانه ان فيما قاله أبو حنيفة ومحمد من تكليف المشتري القلع اضرارا به لانه يزول عنه بلا عوض أو بعوض خسيس وفيما قاله أبو يوسف من انه يأخذها بقيمته مع قيمة البناء او الغرس اضرار بالشفيع للزوم الزيادة على الثمن الاول لكن هذا الضرر أدنى من الضرر الاول لانه يدخل في ملك الشفيع عوض مقابله فضرر زيادة الثمن فكان أهون الضررين فوجب المصير اليه ووجه قول الامام ومحمد ان المشتري بنى أو غرس في محل تعلق به حق الغير من غير تسليط من جهته فينقض ما فعله كالمرتهن اذا فعل ذلك في المرهون بخلاف الموهوب له أو المشتري فاسدا حيث لا يكلفان القلع بالاتفاق لانه حصل بتسليط الواهب والبائع ديري (قوله فاستحقت) أي وكلف المستحق الشفيع قلعهما فقلعهما وانما لم يذكره اكتفاء بما قدمه في بناء المشتري فحذف من الثاني لدلالة الاول عليه كذا ذكره

ان كان الشفيع ذميا) وكان الثمن خمرا او خنزيرا (و) أخذ (بقيمتهما لو كان) الشفيع (مسلما و) ان اشترى عرصة (أخذها الشفيع (بالثمن وقيمة البناء و) قيمة (الغرس) مقلوعين (أو كلف المشتري قلعهما) وعن أبي يوسف انه لا يكلف ... بل يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ... وبه قال مالك والشافعي (وان بنى الشفيع أو غرس (فاستحقت) ... بالثمن

شيخنا قال وبه يستغني عن تصويب شيخ شيخنا يعني الشرنبلالي (قوله على البائع أو المشتري) فالرجوع بالثمن على البائع فيما اذا أخذ الشفيع العقار من البائع أو على المشتري فيما اذا أخذه من يده فأو للتنويع لا للتخيير (قوله أي لا يرجع بقيمة البناء والغرس) معناه لا يرجع بما نقص بالقلع عيني (قوله وعن أبي يوسف انه يرجع) لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري وجه الظاهر ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لان الشفيع أخذها منه جبرا زيلعي (قوله وبكل الثمن الخ) لانهما أي البناء والشجر تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ولهذا يبيعها في هذه الصورة مرابحة بلا بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أو خشب وأما اذا بقي شئ من ذلك فلا بد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ عيني فلو لم يأخذه المشتري كان هلك بعد انفصاله لم يسقط شئ من الثمن لعدم حبسه اذ هو من التوابع والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن وبالاخذ بالشفعة تحولت الصفقة الى الشفيع فقد هلك ما دخل تبعا قبل القبض ولا يسقط بمقابله شئ من الثمن در (قوله وبحصة العرصة ان نقض الخ) لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد علمهما خلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري عيني (قوله ان شاء) يمكن ان يجعل راجعا للمسئلتين والتقدير وأخذها الشفيع بكل الثمن ان خربت الدار ان شاء وان شاء ترك وأخذ بحصة العرصة من الثمن ان نقض المشتري البناء ان شاء وان شاء ترك حموي (قوله والنقض بالضم) ويجوز الكسر واقتصر عليه في شرح المجمع وغيره كالدر (قوله أي البناء المنقوض للمشتري) لان الشفيع انما يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال عيني (قوله ونخلا) النخل معروف يذكر نحو قوله تعالى نخل منقعر ويؤنث نحو قوله تعالى نخل خاوية وقد يوصف بجمع المذكر السالم لان في الجنس لدلالته على الافراد معنى الجمع نحو قوله تعالى والنخل باسقات نوح افندي (قوله وثمرا) نص على دخوله لانه لا يدخل بدون الذكر لانه ليس بتبع بخلاف النخل ولهذا قال العيني باشتراطه في البيع (قوله وهذا استحسان) لانه باعتبار الاتصال كأنه تبع للعقار كالبناء في الدار درر (قوله أي أخذه مع الثمر بكل الثمن) لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما لو اشترى حاملا فولدت عنده أي عند البائع قبل قبض المشتري كذا بخط شيخنا فأشار الى سقوط اعتراض عزمي زاده (قوله لا يأخذ الثمر في الفصلين) لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال حموي (قوله وان جده المشتري في الفصل الاول سقط عن الشفيع الخ) لانه دخل في البيع قصدا فكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته بخلاف الفصل الثاني اذ لا يقابله شئ من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له شبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شئ من الثمن كذا بخط شيخنا (قوله بالدال المهملة) لانه أنسب بالمقام لان الجذ بالمعجمة مطلق القطع كما ذكره نوح أفندي

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

(قوله انما تجب الشفعة في عقار الخ) أي قصدا لانها تثبت في غير العقار تبعا كالشجر والثمر وما في حكمه أي حكم العقار كالعلو كما في الدرر لان حق التعلي يبقى على الدوام فكان العلو كالعقار قال في الشرنبلالية ثم ان كان العلو طريقه طريق السفل يستحق الشفعة بالطريق على انه خليط في الحقوق وان لم يكن

بان كان

على البائع أو المشتري (فقط) أي لا يرجع بقيمة البناء والغرس وعن أبي يوسف انه يرجع (و) أخذها الشفيع (بكل الثمن ان خربت الدار) مطلقا سواء كان بالانهدام أو بالاحتراق (أو جف الشجر) من البستان بغير فعل أحد وقال الشافعي في قول يأخذ بالحصة (و) يأخذها الشفيع (بحصة العرصة) من الثمن ان قسم على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد ان شاء (ان نقض المشتري البناء) أي البناء (والنقض) بالضم (له) أي المنقوض للمشتري (و) أخذها (بثمرها) أي مع ثمرها (ان ابتاع ارضا ونخلا وثمرا) بكل الثمن ان شاء وهذا استحسان والقياس ان لا يأخذ (وأثمر في يده) أي أخذه مع الثمر بكل الثمن ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين (وان جده المشتري) في الفصل الاول (سقط) عن الشفيع (حصته) أي حصة الثمر (من الثمن) الجد بالدال المهملة القطع ومنه جد النخيل أي قطع ثمره جدادا فهو جاد كذا في المغرب وان جده في الفصل الثاني يأخذ الارض والنخل بكل الثمن

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

انما تجب الشفعة في عقار

بأن كان طريقه غير طريق السفل يستحقها بالمجاورة انتهى وذكر الديري في التكملة ان القياس عدم وجوب الشفعة في العلو لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة الخ وهذا مما يقضي بثبوت حق الشفعة فيما اذا بيع البناء بالارض المحتكرة خلافا لما في فتاوى الطوري واستدلاله بما سيأتي من قول المصنف ولا في بناء ونخل بيعا بلا عرصة فيه نظر ظاهر سيأتي وجهه (قوله في عقار مطلقا) هذا الاطلاق في مقابلة ما سيأتي من قوله وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقبل القسمة والعقار ماله أصل من دار أو ضيعة كما في العناية (قوله ملك) على صيغة المجهول صفة لعقار كما في العيني وما ذكره السيد الحموي من ان ملك بتشديد اللام لا يتعين (قوله احترازعن الهبة بلا عوض) مفهومه ان الهبة بعوض تجب فيها الشفعة ولو كان العوض غير مشروط وليس كذلك حموي واقول قوله بلا عوض اى بلا شرط عوض (قوله وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقبل القسمة الخ) لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار درر اذ لا شفعة للجار عنده بل للشريك فقط والذي يظهر من كلام الزيلعي كون المحذور عنده دفع اجرة القسام كذا ذكره عزمي زاده وعبارة العيني انها عنده لدفع ضرر القسمة فلا تتحقق الا فيما يقسم وعندنا لدفع ضرر الجوار على الدوام ولا اختصاص لذلك بالمقسوم (قوله لا في عرض) العرض بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام درلقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط ولان الشفعة ثبتت بالنص على خلاف القياس في العقار ولا يجوز الحاق المنقول به لانها شرعت لدفع ضرر الجوار على الدوام والمنقول لا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار زيلعي (قوله وقال مالك تثبت في السفن) لانها تسكن كالعقار ولنا ما سبق من قوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط زيلعي (قوله بلا عرصة) ولو شرى دارا بمكة هل يصح وتجب الشفعة عن ابي حنيفة روايتان في الجامع الصغير بيع الارض لا يجوز واما يجوز بيع البناء ولا تجب الشفعة و روى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز وللشفيع الشفعة وهو قولهما وعليه الفتوى لانه باع المملوك كذا ذكره ابن الشحنة معزيا للتجنيس وغيره قال العلامة المقدسي ولا يخفى ان مفاده ان الشفعة انما تثبت بناء على القول بأن ارضها مملوكة لا ان مجرد البناء فيها يوجب ثبوت حق الشفيع فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره من الابنية حموي فقول المقدسي فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره صريح في ان حق الشفعة يثبت في بيع البناء بغير مكة مجردا عن الارض ويفيد أيضا ان اختلاف الروايتين عن الامام بالنسبة لبيع البناء بمكة فان قلت ما نقله الحموي عن المقدسي وغيره كابن الشحنة من ان الشفعة تثبت في مجرد البناء مخالف لقول المصنف ولا في بناء ونخل بيعا بلا عرصة قلت لا نسلم المخالفة اذ كلام المصنف يحمل على ما اذا لم يكن لمن له البناء حق القرار كما اذا كانت الارض والبناء لرجل فباع البناء وحده بدون الارض فوجه عدم ثبوت الشفعة لمن له الملك في البناء وحده ليس له حق القرار حتى لو سقط البناء لم يكن له حق الاعادة بل لو طالبه مالك الارض بقلع بنائه كان له ذلك فلا يكون البناء في هذه الصورة ملحقا بالعقار فلا تثبت فيه الشفعة فلا ينافي ما ذكره المقدسي وغيره اذ هو محمول على ما اذا كان لمالك البناء حق القرار كما يستفاد من التعليل الذي قدمناه عن الدر معزيا للدرر بأن كان البناء بارض محتكرة حتى لو سقط بناؤه في هذه الصورة كان له حق الاعادة ولا يملك من له الحق في الارض الطلب عليه بقلع بنائه وانما له المطالبة عليه بالحكر فقط فظهر كون البناء في هذه الصورة ملحقا بالعقار فلا شبهة حينئذ في ثبوت حق الشفعة فيه ومن هنا يعلم خطأ من افتى بأنه لا شفعة في البناء بالارض المحتكرة كالطوري اذ لا سند له في فتواه سوى قول المتن ولا في بناء ونخل بيعا بلا عرصة وقد علمت انه ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا لم يكن له حق القرار توفيقا بين كلامهم ويدل على ما ذكرناه من التقييد ما ذكره ابن فرشته في شرح المجمع بعد قول المتن ولا تجب الشفعة في غير العقار حيث قال حتى لو بيع النخل وحده او البناء وحده فلا شفعة لانهما لا قرار لهما بدون العرصة الخ فتعليله بانه لا قرار لهما

مطلقا (ملك بعوض) احترازعن الهبة بلا عوض (هو مال) احترازعن المهر وفيما اذا دفع العقار مهرا وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقبل القسمة وانما هي في العقارات التي لا ينتفع باقتسامها بعد القسمة كالحمام والرحى والبئر والطريق وقال مالك (لا في عرض) اى لا شفعة في الآبار (و) لا تجب الشفعة في عرض (وفلك) وقال مالك تثبت في السفن أيضا (و) لا تجب الشفعة في (بناء ونخل بيعا بلا عرصة و) لا تجب في (دار

قوله يعلم خطأ من افتى الخ ما افتى به من عدم الشفعة هو الصواب والخطى هو ابو السعود كما سبق التنبيه عليه بالغرر ولى حواشي الدر

بدون العرصة كالتصريح بثبوت حق الشفعة فيما اذا بيع البناء بالارض المحتكرة لما له من حق القرار (قوله جعلت مهرا) وكذا لو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده حيث تثبت الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل عما فى ذمته من المهر زيلعى قال فى العناية واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة فى الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز ان يكون معلوما وبان جهالته فى الساقط لا تفضى الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها (قوله فما اصاب الالف الخ) لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان الشفعة شرعت فى المالية المقصودة دون التبع الا ترى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه زيلعى (قوله جعلت أجرة) وما فى العينى من قوله بأن استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة صوابه اسقاط لفظ عوض وكذا قوله بان خالعها على دار يدفعها اليها صوابه دفعها اليه (قوله بان استأجر دابة وجعل اجرتها دارا) وما قيل أى جعلت الدار أجرة لدار أخرى مستأجرة مجرد تمثيل لانه شرط فى التصوير كما توهمه عزمى (قوله او عوض عتق) لان الشفعة انما شرعت فى معاوضة المال بالمال وهذه العقود ليست كذلك وصورته ان يقول لعبده اعتقتك بدار فلان فوهب فلان الدار للعبد فدفعها الى المولى حموى (قوله وعند الشافعى تجب فيها الشفعة) لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة اذ لا عوض فيها رأسا ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيره بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم زيلعى وغيره بتصرف (قوله لانه لو وهبت بعوض الخ) صواب العبارة لانها أى الدار الا ان يجعل الضمير ضمير الشأن حموى او نقول ذكر الضمير لتأويل الدار بالعقار (قوله تجب فيها الشفعة) لانها بيع انتهاء ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على ان يهبه الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وفى المبسوط الهبة بشرط العوض انما تثبت الملك للموهوب له اذا قبض الكل فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له ان يأخذ الدار بالشفعة ولا بد أن لا يكون الموهوب وعوضه شائعا لانه هبة ابتداء عناية ودرر بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب عليها فامتنع الرجوع وصورته ان يقول وهبتك هذا على أن تعوضنى كذا او جعوا انه لو قال وهبت لك هذا بكذا انه بيع حموى عن المختلف ثم اعلم ان الشفعة اذا وجبت فى الموهوب انما تجب بمثل العوض ان كان له مثل فان لم يكن وجبت بقيمة الدار ديرى (قوله بخيار البائع) لان خياره لا يخرجها عن ملكه عينى (قوله فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن زوال ملك البائع ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا عند ذلك وقيل عند البيع وصحح عناية ودرر (قوله ولو كان الخيار للمشترى الخ) لان المبيع خرج عن ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف فى أنه هل دخل فى ملك المشترى او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لاعترافه بخروجه عن ملكه وان لم يحكم بدخوله فى ملك المشترى ثم اذا أخذها الشفيع فى مدة الخيار لزم البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط والشرط انما كان للمشترى دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله أن يأخذ بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع وكذلك المشترى عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى

جعلت مهرا) مطلقا سواء قوبل ببعضها مال أولا حتى لو تزوج امرأة على دار على ان ترد هى على الزوج ألف درهم فلا شفعة فى شئ منها عند أبى حنيفة وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما أصاب الالف تجب فيها الشفعة (أو أجرة) أى لا تجب الشفعة فى دار جعلت أجرة بان استأجر دابة وجعل أجرتها دارا (أو) جعلت الدار (بدل خلع أو بدل صلح عن دم أو) جعلت الدار (عوض عتق) وعند الشافعى تجب فيها الشفعة والمراد بالدم دم العمد لانه لو صالح بها عن دم الخطا تجب فيها الشفعة (أو وهبت) أى لا تجب الشفعة فى دار وهبت (بلا عوض مشروط) خلافا للشافعى وقيد به لانه لو وهبت بعوض مشروط تجب فيها الشفعة (أو بيعت بخيار البائع) أى لا تجب الشفعة فى دار بيعت بخيار الشرط للبائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة ولو كان الخيار للمشترى تجب الشفعة فى الحال

لاستحقاق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يسقط خياره بالاخذ لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته اولى لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى كان له اخذها بالشفعة لان الشفيع اولى من المشترى وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة لانعدام السبب واتصاله بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى ولو باع داره على ان يضمن له الشفيع الثمن عن المشترى فضمن او اشترى المشترى الدار على ان يضمن له الشفيع الدرك عن البائع فضمن جاز البيع ولا شفعة له بخلاف ما اذا اشترط المشترى الخيار للشفيع ثلاثة ايام حيث تكون الشفعة للشفيع لان اشتراط الخيار له كاشتراطه لنفسه وذلك لا يمنع وجوب الشفعة زيلعى وحاشيته للشلبى واشار الزيلعى بقوله ولانه صار أحق بالمبيع من غيره الى ان ثبوت الشفعة فيما اذا اشترط المشترى الخيار لنفسه لا يخص مذهب الصاحبين بل على مذهب الامام أيضا لان شرط الخيار له وان منع من دخول المبيع فى ملك المشترى لكنه صار احق بالمبيع من غيره وأشار بقوله كالمأذون والمكاتب الى الجواب عن اشكال يرد على الامام وهو ان استحقاق الشفعة باعتبار ثبوت الملك للمشترى والمشترى بشرط الخيار لا ملك له فكيف تثبت الشفعة فى مدة الخيار للمشترى بأن يقال ان المشترى صار اخص بالتصرف فيها فباعتباره يتحقق الضرر المحوج الى الدفع عن نفسه وصار كالمكاتب وفى هذا المقام اشكال آخر يعلم بمراجعة التكملة للديرى (قوله او بيعت فاسدا الخ) وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو أى المشترى شفيعها الان الملك له لا يقال فى ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد فى التى أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لانتقل الشراء الفاسد من المشترى الى الشفيع بوصف الفساد وفى ذلك تقريره فلا يجوز (قوله اى لاتجب الشفعة فى دار بيعت بيعا فاسدا) وهذا اذا وقع البيع فاسدا فى الابتداء كما فى العناية اما اذا طرأ الفساد فانه يبقى حق الشفعة كما لو اشترى ذمى من ذمى دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما واسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فان البيع يفسد وللشفيع الشفعة (قوله ويجب على المشترى قيمتها) يعنى لا ما سمى لان الواجب فى البيع الفاسد القيمة لا المسمى حموى وتعتبر القيمة يوم القبض شلبى (قوله وجبت الشفعة أيضا) ويأخذها بأى البيعين شاء فان أخذ بالثانى اخذها بالثمن وان بالاول فبالقيمة وان أخرجها بغير البيع كالهبة والمهر نقض تصرفه وأخذت بالقيمة شرنبلالية (قوله او قسمت بين الشركاء) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه درر وعزمى زاده (قوله وسلم الشفيع الخ) ولو لم يسلم الشفيع كان له الاخذ مع كل فسخ وبدون فسخ لكن فى الخيار للبائع عند اسقاطه الخيار كما تقدم شرنبلالية (قوله بخيار رؤية الخ) لان الرد بخيار الرؤية والشرط فسخ من كل وجه (قوله يتعلق بالعيب) فقط كما يرشد الى ذلك قول المصنف بعد وتجب لو ردت بعيب بلا قضاء لكن صريح عبارة الدرر انه متعلق بالجميع قال السيد الحموى وفيه نظر ولم يبين وجهه ووجهه كما فى الشرنبلالية ان الرد بخيار رؤية او شرط كيفما كان لا تجب الشفعة فيه بخلاف الرد بالعيب فان قضاء القاضى فيه شرط لعدم وجوب الشفعة على ان القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لابطال الاخذ بالشفعة مطلقا بل بعد القبض لانه قبل القبض فسخ من الاصل كما فى الكافى وغيره الخ (قوله ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه) أى لا فرق فى الرد بالعيب اذا كان بقضاء القاضى بين القبض وعدمه حيث لا تجب الشفعة فى الوجهين لانه فسخ من الاصل واما الرد بعيب بعد القبض اذا لم يكن بقضاء ففيه الشفعة لانه عاد الى ملكه بقبوله ورضاه فصار كشراء مبتدأ فتعلق به الشفعة حموى عن البناية (قوله ومراده الرد بالعيب الخ) أى مراد القدورى رحمه الله قال الزيلعى وانما يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار

(او بيعت فاسدا) اى لاتجب الشفعة فى دار بيعت بيعا فاسدا (مالم يسقط حق الفسخ بالبناء) فان بنى المشترى فيها انقطع حق البائع فى الاسترداد ويجب على المشترى قيمتها ويجب للشفيع الشفعة فيها عند ابى حنيفة لانقطاع حقه فى الاسترداد وعندهما لا ينقطع فلا تجب فيها الشفعة وتخصيص البناء اتفاقى لانه لو سقط حق البائع فى الفسخ ببيع سقوط حق الفسخ ببيع المشترى اياها من آخر وجبت الشفعة ايضا (او قسمت بين الشركاء) اى لاتجب الشفعة بجارهم اذا قسمت (او سلمت شفعته) اى لاتجب الشفعة فى دار اشتريت وسلم الشفيع ثم (ردت بخيار رؤية او) بخيار (شرط او) بخيار (عيب بقضاء) متعلق بالعيب فقط ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وتجب) الشفعة (لو ردت بعيب بلا قضاء او تقايلا) ومراده الرد بالعيب بعد القبض خلافا لزفر

عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكن حمله على البيع واما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فالمانع من حمله على البيع لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند أبي يوسف مطلقا مالم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة وان كان فسخا في حقهما لكن بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين ان يكون قبل القبض او بعده وتعقبه الشلبي نقلا عن خط قارى الهداية بأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ في حق الكل حتى كان له ان يرده على بائعه وان كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية فبطل بحثه انتهى (قوله لان قبله فسخ من الاصل) وان كان بغير قضاء كما في الهداية فلا شفعة لانه قبل القبض لا يحتاج الى قضاء القاضي لكونه فسخا من الاصل وكذلك لا يحتاج الى رضا صاحبه أيضا بل ينفرد برده بغير رضاه حموي عن البناية

(باب ما تبطل به الشفعة)

(قوله وتبطل بترك طلب المواثبة الخ) اقول هذا مستدرك فكان ينبغي تركه شرنبلالية وقال شيخنا قد يقال لا استدراك لان ذكره هنا ذكر له في محله لان الباب عقد له انتهى فان قلت الجواب ليس بظاهر لان صاحب الدرر لم يعقد لبطلانها بترك الطلب بابا قلت بل عقده فيما سبق حيث قال باب ما تكون هي اي الشفعة فيه اولا تكون وما يبطلها انتهى (قوله حتى لو ترك الشفيع طلب المواثبة الخ) ولو جهل البطلان حموي (قوله وهو طلب التقرير) أي الاشهاد المفهوم من قوله اشهد على أحد المتبايعين هو طلب التقرير وفيه نظر فان الاشهاد على من ذكر ليس طلب التقرير وأيضا الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطا كما في البدائع اللهم الا أن يقال تأويل كلامه انه ترك الاشهاد على طلب التقرير مع القدرة على ذلك بأن كان عنده رجلان أو رجل وامرأتان فانه اذا ترك الاشهاد والحالة هذه كان اعراضا عن الشفعة فتبطل حموي (قوله وبالصلح الخ) لانه تسليم كما في الدرر وكذا اذا باع شفعته بمال ولا يلزم المال در ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف اوقال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة والاصح ان الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال زيلعي يعني اذا قال الكفيل بالنفس للمكفول له صالحني على كذا وتسقط مالك من حق الطلب دري (قوله على عوض) فلو كان على نصف الدار بنصف الثمن جاز الصلح بخلاف مالو صالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن حيث لا يجوز الصلح لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض عناية (قوله وعليه رده) لان حق الشفيع ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل زيلعي (قوله وبموت الشفيع قبل القضاء بالشفعة) ولا تورث لانها مشيئة فتبطل بموته كالخيار حموي (قوله لا المشتري) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما انتقل الى الورثة كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه كذا في الزيلعي (قوله وبيع ما يشفع به) ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول أو الثاني بخلاف مالو شراها ابتداء قبل ثبوت حق الاخذ لانه لم يتضمن اعراضا فلا شفعة لمن دونه وكذا اذا استأجرها الشفيع أو ساومها بطلت لانه دليل الاعراض زيلعي ودر ولو جعل الشفيع

ما يشفع

لان قوله فسخ من الاصل
(باب ما تبطل به الشفعة) او
(وتبطل بترك الشفيع طلب المواثبة او
التقرير) حتى لو ترك الشفيع وهو يقدر
المواثبة حين علم بالبيع بأن لم يأخذ أحد هذه أو لم
يدل ذلك بان لم ... بطلت شفعته وكذلك
يكن في المواثبة ولم يشهد على أحد
المتبايعين ولا عند العقار وهو طلب
التقرير بطلت شفعته (و) تبطل
الشفعة (بالصلح عن الشفعة على
عوض وعليه رده و) تبطل (بموت
الشفيع لا المشتري و) (تبطل) ببيع
ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة
مطلقا

ما يشفع به مسجدا أو مقبرة أو وقفا مسجلا يعني قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته درر و ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط الشفعة به وان لم يسجل شرنبلالية (قوله سواء علم الخ) لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق فصار كالتسليم الصريح ألا ترى انه لا يرتد برد المشترى ولا يتوقف على قبوله وكذا ابراء الغريم زيلعي وعيني (قوله اشارة الى انه لو مات أو باعه الخ) اعلم ان هذه الاشارة لا تتم الا اذا جعل قوله قبل القضاء متعلقا بكل من موت الشفيع و بيع ما يشفع به حموى واعلم ان التقييد بما قبل القضاء يحمل على ما اذا امتنع المشترى من التسليم للشفيع بقرينة ما سبق من قول المصنف وتملك بالاخذ بالتراضي الخ (قوله ولا لمن باع أو بيع له) لانه يلزم نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ بالشفعة ينافيه زيلعي و ينبغي ان يزاد على قول المصنف ولا لمن باع أو بيع له فيقال أو يكون متمما بيعه ففي الكافي للمصنف دار لها شفعاء ثلاثة اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على ان لاحدهما سدسها وللآخر خمسة اسداسها صح الشراء ولا شفعة لاحدهما على الآخر لانهما متى اشتريا صفقة واحدة صار كل واحد منهما متمما عقد صاحبه لانه لا يصح شراء أحدهما الا بقبول الآخر فلو أخذ منه كان ساعيا في نقض ما تم به مقدسي (قوله سواء كان أصيلا أو وكيلا) فيه ان هذا التعميم في كلام المصنف يفضي الى التكرار حموى (قوله ولا شفعة لمن بيع له) وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما جاز بيعه (قوله ورب المال شفيعها) فلا شفعة له لان البيع له وكذا اذا كان عبدا مأذونا له في التجارة فباع الدار ليس للمولى الشفعة فيها لما ذكرنا عيني (قوله أو ضمن الدرك عن البائع) لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته عناية (قوله والموكل شفيع كان له الشفعة) الا ترى انه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له حموى عن النهاية (قوله وفائدته أنه لو كان المشترى أو الموكل بالشراء الخ) صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيعت الدار واشتراها أحد الشركاء ثبتت الشفعة للمشترى سواء شرى اصالة أو وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت أيضا للشريك الآخر بخلاف الجار حيث لا تثبت له الشفعة لان الشريك مقدم عليه درر وقوله فاذا بيعت الدار أى باع أحد الشركاء ما يخصه فيها وقوله واشتراها أحد الشركاء أى اشترى الحصة المبيعة (قوله وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم الخ) والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشترى فاذا سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذى استحقه بيانه انه اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت بأكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان أكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في أحد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر فربما يسهل عليه اداء احدهما ويتعذر الآخر وكذا كل موزون او مكيل أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف او أكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته دراهم أو دنانير ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف او أكثر صح التسليم فكذا هذا وان كان أقل فهو على شفعته وكذا وأخبران الثمن عرض ثم ظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته درر و زيلعي (قوله بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعبد الخ) لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسر حموى ولو قيل انها بيعت بجارية ثم تبين انها بيعت بعبد أو عرض آخر ينظر ان كانت قيمة العبد او العرض مثل قيمة الجارية او أكثر بطلت وان كانت اقل لم تبطل لان الواجب القيمة اختيار (قوله ثم علم انها بيعت بدنانير قيمتها الف او أكثر فلا شفعة) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان والقياس ان تثبت له الشفعة زيلعي

سواء علم بالشراء أو لا فقوله قبل القضاء اشارة الى انه لو مات او باعه بعد القضاء بالشفعة لا تبطل (ولا) شفعة (لمن باع) مطلقا سواء كان أصيلا أو وكيلا (و) لا شفعة لمن (بيع له) وهو الموكل ولهذا لو باع المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له (او ضمن الدرك) أى لا شفعة لمن ضمن الاستحقاق (عن البائع ومن ابتاع او ابتيع له فله الشفعة) أى تجب الشفعة للمشترى مطلقا سواء اشترى اصالة او وكالة وكذا تجب الشفعة لمن وكل آخر بالشراء فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة وفائدته انه لو كان المشترى او الموكل بالشراء شريكا وللدار شريك آخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده (وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم) الشفيع الشفعة (ثم علم انها بيعت بأقل) منه (أو) بيعت (ببر اوشعير قيمته ألف او أكثر فله الشفعة) بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعبد قيمته ألف او أكثر حيث يصح التسليم كما اذا علم انها بيعت بأكثر من الالف (ولو) قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم (بان انها بيعت بدنانير قيمتها ألف) او أكثر (فلا شفعة) وان كان اقل فهو على شفعته

(قوله وقال زفر الخ) وهو قول أبي حنيفة أيضا كما في الزيلعي وعليه فيكون لأبي حنيفة قولان (قوله له الشفعة في الوجهين) لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وجه الاستحسان انهما جنس واحد في الثمنية وكلا منافيه ولهذا يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة زيلعي (قوله وان قيل ان المشترى فلان فسلم الشفعة فبان انه غيره الخ) لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم ان المشترى هو مع غيره كان له ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه كلها ولان رغبات الناس في الجمل أكثر عادة من رغبتهم في الاشقاص لخلو الجمل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فالاولى ان لا رغب في التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف لتتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ماذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل زيلعي ولو سلم ولم يعلم بالشراء بطلت بخلاف ما لو ساومه لانها غير موضوعة للاسقاط وانما تسقط لما فيها من دليل الرضا والرضا بدون العلم لا يتحقق بخلاف التسليم وأورد ان بيع ما يشفع به يبطلها وان لم يعلم مع انه لم يوضع للتسليم وأجيب بان بقاء ما يشفع به شرطا الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له دري (قوله وفي عكس هذا لا تبطل الشفعة) وهو ما اذا أخبر ببيع البعض فسلم فظهر انه بيع كلها وانما لا تبطل الشفعة في هذا لانه اسقط حقه عن النصف ولم يسقط حقه عن الباقي فلا يلزمه اسقاط الحق في بقية الدار كذا في البناية ومقتضاه ثبوت الشفعة في الباقي لا في جميع الدار كذا ذكره الحموي وقد وقع هنا في كلام بعضهم خطأ فاحش حيث عزا للزيلعي ان علة عدم بطلان الشفعة في هذه المسئلة هو ان التسليم في النصف ليس تسليما في الكل ثم قال وهذا يقتضي ثبوت الشفعة في النصف الباقي لا في الكل مع ان ماذكره من هذا التعليل لا وجود له في كلام الزيلعي أصلا وأيضا الزيلعي مصرح بثبوت الشفعة له في الكل فتنبه (قوله وان باعها الا ذراعا الخ) شروع في حيل منع الشفعة حموي (قوله الا ذراعا) قال في الدرر كذا لا تثبت الشفعة فيما بيع الا ذراع وما في الوقاية من قوله الا ذراعا بالنصب كانه سهو وأجاب عزمي بانه مستثنى من ما لا من الضمير المستتر في بيع الخ فيكون النصب على التبعية باعتبار محل المجرور وأما التبعية للضمير في بيع فمقتضية لرفع ذراع كما هو قاعدة الاستثناء من كلام تام غير موجب لان كذا في معنى كما لا يخفى كذا بخط شيخنا ثم رأيت في حاشية نوح أفندي ما نصه ولم يظهر لهذا الضعيف وجه الرفع لانه لو كان مرفوعا لكان نائب فاعل بيع أو بدلا منه ولا يجوز ان يكون نائب فاعل بيع لان نائب فاعله ضمير مستتر فيه راجع الى ما الموصولة والفعل الواحد لا يسند الى فاعلين الا بطريق العطف او البدلية وحكم تابعه كحكمه وكذا لا يجوز ان يكون بدلا منه لان ذلك لا يكون الا في كلام غير موجب وهذا كلام موجب والذي ظهر لي انه ان كان مستثنى من اسم الموصول جاز فيه النصب على الاستثنائية والجر على البدلية وان كان مستثنى من الضمير المستتر في بيع وجب النصب على الاستثنائية فقط انتهى وقوله وكذا لا يجوز ان يكون بدلا منه لان ذلك لا يكون الا في كلام غير موجب الخ فيه نظر يعلم وجهه مما سبق عن خط شيخنا (قوله وتمام الطول) بالنصب عطفا على ذراعا ولا يجوز الرفع حموي (قوله فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق عيني وزيلعي وفيه تأمل ولو اقر له به جعله الخصاف من الحيل ورده بعضهم بان الشركة لم تثبت الا باقراره فلا يظهر في حق الشفيع حموي فتنبه (قوله وان ابتاع الخ) يأتي

وقال زفر له الشفعة في الوجهين (وان قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة (فبان انه غيره فله الشفعة ولو علم ان المشترى هو زيد مع غيره فله أخذ نصيب غيره وان اخبر انها بيعت فسلم ثم ظهر انه بيع كلها لا شفعة له وفي عكس هذا البعض لا تبطل الشفعة (وان باعها الا ذراعا (في جانب الشفيع فلا شفعة له وان ابتاع منها سهما بثمن) الكل (الادرهما ثم ابتاع بقيتها) بدرهم (فالشفعة للجار في السهم الاول) مما اشتراه (فقط) اي دون السهام الباقية

مثله فى المسئلة الاولى بأن يبيع ذراعا فى طول الحد الذى يلى الشفيع بجميع الثمن الادرهما والباقى بدرهم فأيهما خاف من صاحبه شرط الخيار لنفسه ولو خافا شرطا معا ويخيران معا ولو خاف كل ان اجاز لم يجز الآخر وكل كل وكيلا وشرط ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه (قوله وفى المستصفى الخ) مثله فى زيادات قاضيخان على ماذكره فى لطائف الاسرار شرح التسهيل ونصه اشترى جزأ من دار ثم اشترى الباقى احتيالا للشفعة كان للشفيع أن يأخذ الكل انتهى وقوله احتيالا للشفعة اى لابطالها (قوله اما اذا بلغه الخ) عبارة المستصفى اما اذا بلغه البيعان (قوله جار فيهما) اى فى البيعين (قوله يقتضى الاطلاق) اى يقتضى ان لا شفعة له فى الباقى ولو بلغه البيعان معا كذا ذكره ابن قاضى سماوية فى كتابه شرح لطائف الاسرار (قوله فالشفعة بالثمن لا الثوب) لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة تعم الشركة والجوار لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه ثوبا قيمته قدر قيمة العقار لكن اذا استحق تبقى الدراهم كلها فى ذمة البائع لوجوبها عليه بالبيع الثانى ثم براءته كانت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه فيجب على بائع العقار الثمن كله والحيلة ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن من الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين انه لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير كذا فى التبيين ومن الحيل ما ذكره فى الدرر شرى بدراهم معلومة اما بالوزن أو الاشارة مع قبضة من الفلوس أشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة (قوله ولا تكره الحيلة الخ) هى ما يتكلف لدفع مكروه أو جلب محبوب (قوله وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى ولابى يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وان تضرر غيره فى ضمنه وهو رواية عن ابى حنيفة عينى (قوله فهذه الحيلة مكروهة بالاتفاق) مقتضاه ان القول بالاتفاق متفق عليه وهو خلاف صريح كلام العينى على انه مخالف لما اقتضاه سياق كلامه حموى (قوله وقيل يفتى فى الشفعة الخ) قال العينى وهو المختار عندى (قوله وأخذ الشفيع حظ البعض الخ) والفرق ان الشفيع فى الوجه الثانى لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشترى ضررا زائدا سوى الاخذ وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد والمعتبر فى التعدد والاتحاد العاقد دون المالك فلو وكل واحد جماعة فشرى واله عقارا او احد اصفقة واحدة أو متعددة للشفيع أخذ حظ احدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد زيلعى (قوله مطلقا) يقابل هذا الاطلاق ما سيأتى من التفصيل بقوله وروى الحسن الخ (قوله سواء كان قبل القبض أو بعده وهو الصحيح) لان له ان يحبس كل المبيع الى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع وهو معنى قوله فيما سيجىء ولكنا نقول قبل القبض الخ كذا بخط شيخنا (قوله وروى الحسن عن ابى حنيفة انه فصل الخ) لم ينقل هذا فى الذخيرة عن الحسن وانما قال وروى بعضهم ان المشترى اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فيفرق عليه الصفقة بخلاف ما بعد القبض لان التملك يقع على المشترى حموى وجوابه ما قدمناه من ان حبس الجميع لاستيفاء جميع الثمن فلا يلزم تفريق الصفقة عليه والى هذا أشار اليه بقوله ولكنا نقول قبل القبض الخ ولما خفى على الحموى سر قول الشارح ولكنا نقول الخ قال يتأمل فيه حق التأمل (قوله ما لم ينقد الآخر من المشترين الخ) أى الجميع كما فى الزيلعى كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشترى واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو الكل جملة لان العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد

وفى المستصفى شرح النافع للعلامة النسفى تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فرده اى رد الطلب اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل صاحب الهداية هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا ان المشترى فى الثانى شريك فيقدم عليه يقتضى الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب (وان ابتاعها بثمن ثم دفع) المشترى الى البائع (ثوبا) حال كونه عوضا (عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) عند ابى يوسف وعند محمد تكره ثم الحيلة فى هذا الباب نوعان حيلة لاسقاطها بعد وجوب الشفعة نحو ان يقول المبتاع للشفيع انا ابيعها منك بما اشتريت فلا فائدة لك فى الاخذ فيقول الشفيع نعم أو ما يدل على الرضى بطلت شفعته او يقول له انى وهبت منك الدار فتقبل منى فلما قال قبلت تبطل شفعته ثم يمتنع عن التسليم فلا تتم الهبة وان سلم اليه يرجع فى هبته فهذه الحيلة مكروهة بالاتفاق والثانية حيلة قبل وجوب الشفعة وهى ما عددها فى هذا الباب وقيل يفتى فى الشفعة بقول أبى يوسف وبقول محمد فى الزكاة كذا فى الاصل (وأخذ) الشفيع (حظ البعض بتعدد المشترى) مطلقا (لا بتعدد البائع) أى اذا اشترى خمسة مثلا دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب أحدهم ويترك الباقى ان شاء وان يأخذ نصيب الكل ان شاء سواء كان قبل القبض او بعده وهو الصحيح وروى الحسن عن ابى حنيفة انه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد الشفيع ما عليه ما لم ينقد الآخر من المشترين حصته من الثمن وان اشتراها رجل من خمسة أخذ الشفيع كلها او تركها وليس له ان يأخذ البعض دون البعض وقال الشافعى له أن يأخذ حصة احدهم (وان اشترى نصف دار

الثمن واختلافه انتهى (قوله غير مقسوم) قيد به لانه لو اشترى نصفا مقسوما ولم يكن بحذاء دار الشفيع بأن كان في الجانب الآخر لا شفعة للشفيع فيه وهو نظير ما تقدم من قوله وان باعها الا ذراعا الخ (قوله أي البائع) أي بقسمة المشتري مع البائع يحترز به عما لو قاسم المشتري غير البائع وسنوضحه (قوله وليس له نقض القسمة) سواء كانت بالحكم أو بالتراضي لان القسمة من تمام القبض اذ بها يكمل الانتفاع والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتمه لان القبض بجهة البيع له حكمه فكما لا ينقض البيع الاول لا يملك نقض القبض ليجعل نقض القبض الموجود بجهته حموي فان قلت في القسمة معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا ... قسمته قلت فيها افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري ... من رد بعيب أو خيار رؤية فبالنظر الى هذا يملك وبالنظر الى ذلك لا يملك فلا يملك بالشك ... (قوله أما اذا وقع في الجانب الآخر فلا) أي فلا يأخذ حظ المشتري لانه لا شفعة له اذا وقع في الجانب الآخر كذا ذكره الحموي وفيه تأمل والاولى ان يقال لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر كما ذكره العيني والزيلعي (قوله لانه اذا قسم المشتري يكون له نقض القسمة) أي يكون للشفيع نقض القسمة وفيه تأمل حموي ولم يبين وجهه ووجهه ان ما ذكره الشارح من ان للشفيع نقض قسمة المشتري مخالف للزيلعي حيث قال أي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع أخذ نصيب المشتري الذي حصل بقسمته وليس له ان ينقضها الخ واجاب شيخنا بحمل ما ذكره الشارح على ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه كما ذكره الزيلعي وغيره كالتنوير لان العقد لم يقع مع الشريك الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته (قوله وللعبد الخ) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من الآخر يجوز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون أو لكون العبد احق به زيلعي (قوله بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين) الظاهر ان يقال بخلاف ما اذا لم يكن مستغرقا بالدين ولهذا قال العيني صورته رجل باع دارا والبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين محيط بماله ورقبته فللعبد ان يأخذ الدار بالشفعة لانه كالاجنبي عنه انتهى ولذا صرح بكونه مستغرقا في الزيلعي وغيره كالدرر (قوله فانه لا شفعة للمولى) لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له على ما مر عيني (قوله أما لو اشتراه فلمولاه الشفعة) لانه ابتيع له وقد مر ان من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته عيني (قوله وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي) هذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر مما لا يتغابن في مثله فقيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند ابي حنيفة لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن ابي يوسف عيني مع عناية (قوله وشفيعها صبي) أو مجنون عناية (قوله حتى لا يكون للصبي ان يأخذها اذا بلغ) وان لم يكن له اب ولا وصيه ولا جد ابو الاب ولا وصيه ولا وصي نصبه القاضي فهو على شفعته اذا أدرك كذا في العناية وهو ظاهر في انه ليس له الشفعة بعد بلوغه بعد وجود واحد ممن ذكر سواء سلم ام لا فيخالفه قول المصنف وصح تسليم الشفعة الخ لانه يفيد انه لا يشترط لعدم ثبوت الشفعة للصغير اذا بلغ وجود التسليم من ابيه أو وصيه وقد ظهر لي ما به يحصل التوفيق بأن يقال ليس المراد بالتسليم في كلام المصنف قوله سلمت ونحوه بل المراد ما يشمل مجرد السكوت عن طلب الشفعة حين علمه بالبيع حتى لو وجد للصغير اب أو وصي ولم يعلم بالبيع حتى بلغ الصغير فبلغه البيع بعد بلوغه كان على شفعته ولا يمنع منه وجود ابيه أو وصيه وقت البيع لعدم وجود التسليم حقيقة أو حكما فتأمل (قوله وقال محمد وزفر لا يصح) لانه ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولهما ان

الاخذ

غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري) أي النصف (بقسمته) أي البائع مطلقا أي في أي جانب كان ان شاء أو تركه وليس له نقض القسمة وهو المروي عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة انما يأخذ اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها أما اذا وقع في الجانب الآخر فلا وانما قال بقسمته لانه اذا قسم المشتري يكون له نقض القسمة (وللعبد المديون) المأذون (الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) أي اذا باع العبد المديون فلمولاه الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع فانه لا شفعة للمولى أما لو اشتراه فلمولاه الشفعة (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي) على الصغير عندهما حتى لو اشترى رجل دارا وشفيعها صبي فسلم أبوه أو الوصي يصح تسليمه حتى لا يكون للصبي ان يأخذها اذا بلغ وقال محمد وزفر لا يصح حتى كان له ان يأخذها بالشفعة اذا بلغ

الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها ولان هذا التصرف دائر بين الضرر والنفع فيملك تركه بخلاف العفو عن القود ونحوه لانه ضرر محض الخ زيلعي (قوله والوكيل) يعني الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع عيني (قوله مطلقا) الاطلاق في مقابلة التفصيل الآتي المنقول عن أبي حنيفة واطلاق الصحة هو قول أبي يوسف الذي رجع اليه وعلى هذا يكون المصنف ماشيا على قوله حموي (قوله لا يصح تسليمه بحال) لانه أتى بضد ما أمر به ولهما انه توكيل بالشراء الا ان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري فكذا هذا له ان يترك الشفعة انتهى غير ان أبا يوسف يقول انه وكيل مطلق فينفذ تصرفه مطلقا وأبو حنيفة يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلس القاضي زيلعي (تتمة) قال للمشتري سلمتها لك ان ابتعتها لنفسك أو قال للبائع سلمت الشفعة اليك ان كنت ابتعتها من فلان لنفسه فهو كما قال لا يكون تسليما الا بوجود الشرط لانه اسقاط يقبل التعليق حموي

(كتاب القسمة)

الغرامات ان كانت لحفظ الاملاك فالقسمة على قدر الملك وان كانت لحفظ الانفس فهو على عدد الرؤس وفرع على ذلك الولوالجي ما اذا غرم السلطان أهل قرية فانها تقسم على هذا وفي فتاوى قارئ الهداية ان خيف الغرق فاتفقوا على القاء بعض الامتعة فالغرم بعدد الرؤس لانها لحفظ الانفس انتهى واعلم ان القسمة تبطل بالشروط الفاسدة وان القسمة الفاسدة لا يفيد الملك بالقبض كما في الاشباه وقوله فانها تقسم على هذا أي على ما ذكر من التفصيل (قوله اسم للاقتسام) أي اسم مصدر كالقدوة للاقتداء حموي (قوله ووجه المناسبة الخ) ذكر الاتقاني ان وجه المناسبة بينهما من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لان أقوى اسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لان التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب أو يقال ان القسمة نافية للشفعة وقاطعة لها وذلك رجوع الى قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكان بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على النافي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق حموي (قوله ثم القسمة في الاعيان) يشير الى ان القسمة نوعان قسمة في الاعيان وقسمة في المنافع والتعريف الذي ذكره المصنف للقسمة في الاعيان وأما القسمة في المنافع فلم يعرفها المصنف وهي شرعا مبادلة المنفعة بجنسها حموي وركنها فعل يحصل به التمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وسببها طلب الشركاء أو أحدهم الانتفاع بحصته حتى اذا لم يوجد الطلب لا تصح القسمة وشرطها عدم فوت المنفعة فانها افراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه وحكمها تعين نصيب كل على حدة لانه الاثر المترتب عليها ودليلها الكتاب ونبئهم ان الماء قسمة بينهم واذا حضر القسمة وقال تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول وانما يعلم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة والسنة لمباشرته عليه السلام لها في الغنائم والمواريث والاجماع درر وزيلعي وشلبي فان قلت ما في الدرر من قوله وشرطها عدم فوت المنفعة يشكل بما سيأتي من انه اذا انتفع أحدهما دون الآخر لقلة نصيبه فانها تقسم بطلب ذي الكثير قلت ليس المراد فوت المنفعة بالنسبة لاحد النصيبين بل بالنسبة لهما معا دل على ذلك ما في الشرنبلالية حيث قال فلهذا لا يقسم حائط وحمام ونحوهما بطلب أحدهما بقي ان يقال في جعل الركن ما ذكر من الكيل ونحوه بحث لانهم اختلفوا في ان أجرة القسمة على الرؤس أو الانصباء واتفقوا على ان اجرة الكيل ونحوه على الانصباء شرنبلالية عن المقدسي فلو كان الكيل

قوله سلمت الشفعة اليك ان كنت ابتعتها الخ أقول الصواب ان يقول فان سلمت الشفعة اليه ان كنت ابتعتها فان حملت العبارة على ان البائع اشتراها بعد ما باعها كان الصواب ان يقول ان كنت ابتعتها من فلان لنفسك مع انه حينئذ يغني عنه ما قبله فتأمل اه مصححه

(و) صح تسليم الشفعة من (الوكيل) مطلقا اي اذا سلم الشفعة او اقر على الموكل انه سلمها فعند ابي حنيفة يصح في مجلس القاضي ولا يصح في غيره وقال ابو يوسف اولا لا يصح كيف ما كان ثم رجع وقال يصح كيف ما كان وقال محمد لا يصح تسليمه بحال ويصح اقراره في مجلس القاضي ولا يصح في غيره

(كتاب القسمة)

القسمة في اللغة اسم للاقتسام ووجه المناسبة ان الشفعة شرعت لدفع ضرر الجار وتكميل منفعة الملك والقسمة شرعت لتكميل منفعة الملك ويجري فيها الاجبار كالشفعة وفيها معنى المبادلة فقدم ثم القسمة (هي جمع نصيب شائع في) كل (معين) وهي (تشتمل على) معنى (الافراز والمبادلة) لا بد منهما من جزء معين الافراز وهو يشتمل على النصيبين فكان ما يجتمع في نصيب احدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة من حيث انه اخذ حق صاحبه في مقابلة حقه وافرازا من حيث انه يقبض حقه بعينه

اوالوزن ركالما اختلفوا وكان يتعين أن تكون الاجرة على الانصباء كذا بخط شيخنا وأقول يجاب بما سيأتي عن الزيلعي من ان الكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف (قوله وهو الظاهر في المثلي) لعدم التفاوت بين ابعاضه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم زيلعي (قوله كالمكيلات الخ) الظاهر أن يقال وهو المكيلات الخ حموي (قوله فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه) محله اذا كان المثلي مقبوضا للشريكين أما اذا كان غير مقبوض فلا حموي عن الشلبي وفي الدر عن الخانية مكيل أو موزون بين حاضر وغائب أو بالغ وصغير فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه نفذت القسمة ان سلم حظ الآخر والا لا كصبرة بين دهقان وزراع أمره الدهقان بقسمتها فقسم ان ذهب بما أفرز للدهقان اولا فهلك الباقي عليهما وان بحظ نفسه اولا فالهالك على الدهقان خاصة الخ (قوله أي في غير المثلي الخ) للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما يقين (قوله ويجبر القاضي الشريك على القسمة في متحد الجنس) لان فيه معنى الافراز والمبادلة يجري فيها الجبر اذا تعلق بها حق الغير كالمديون يجبر على بيع ملكه لايفاء الدين شلبي واعلم ان اطلاق قول المصنف ويجبر في متحد الجنس شامل لما اذا كان من ذوات الامثال أم لا كما في الزيلعي خلافا لما في الدرر من تقييده بغير المثليات (تنبيه) زرع لهما في أرض لهما أراد قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل لا يجوز لانه مجازفة وهي لا تجوز في الاموال الربوية قاله ابن الضياء قال في الشرنبلالية وفي الخانية ما يخالفه وفي الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر الآبي في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الجميع وفي قسمة ذوات الامثال يثبت خيار العيب فقط وفي قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى الخ شرنبلالية (قوله أي لا يجبر في غير متحد الجنس) لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو توافقوا جاز لان الحق لهم وما في الدرر من قوله لتعذر المبادلة بالباء صوابه المعادلة بالعين كما في الهداية عزمي (قوله وندب نصب قاسم رزقه من بيت المال) لان القسمة تشبه القضاء فيرزق منه كما يرزق القاضي ابن فرشته وقال في العناية ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه باجر لكن الاولى ان لا يأخذ لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب عدم الاخذ انتهى ومثله في التبيين وفي الدرر ما يخالفه حيث قال ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضي بنفسه القسمة فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضاة لا يجوز له أخذ الاجر وعلى رواية كونها ليست منه جاز انتهى قال شيخنا وما في مجمع الفتاوى يوافق ما في الدرر (قوله ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاة من حيث انه يتم بها قطع المنازعة زيلعي (قوله على المتقاسمين باجر) كان الظاهر ان يقول باجر على المتقاسمين كذا بخط شيخنا (قوله أي باجر مقسوم الخ) أشار بهذا التفسير الى ان قوله بعدد ظرف مستقر صفة لاجر حموي (قوله بحسب) بفتح السين وسكنها قوم أي بقدر حموي عن الاتقاني (قوله مطلقا) الاطلاق في مقابلة التفصيل الآتي الذي رواه الحسن عن أبي حنيفة حموي (قوله أي على الجميع) وفي بعض النسخ أي على رؤس الجميع قال السيد الحموي أشار بذلك الى ان عموم الاضافة من قبيل الكلية لا الكل انتهى (قوله وعندهما على قدر الانصباء) وهو رواية عن الامام لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وله ان الاجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت وربما

(وهو) أي الافراز (الظاهر في المثلي) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة (فيأخذ) أي احد الشريكين حظه حال غيبة صاحبه (وهي) أي المبادلة الظاهرة (في غيره) أي في غير المثلي كالحيوانات والعروض (فلا يأخذ) احد الشريكين نصيبه عند غيبة صاحبه (ويجبر) القاضي (في متحد الجنس) عند طلب احد الشركاء (القسمة) (لا في غيره) أي لا يجبر في غير متحد الجنس (وندب) للقاضي (نصب قاسم رزقه من بيت المال ليقسم بلا اجر) (والا) (فينصب قاسم يقسم على المتقاسمين باجر بعدد الرؤس) أي باجر مقسوم بحسب عددهم مطلقا أي على الجميع وهذا عند أبي حنيفة وعندهما على قدر الانصباء وهو قول الشافعي حتى لو كان المال بين اثنين لاحدهما مائة والآخر ثلثها فالاجر عليهما نصفان وعندهما اثلاثا

يصعب الحساب بالنظر الى القليل لكسور فيه ولا يتصور تمييز قليل من كثير الا بعد النظر فيهما فتعلق الحكم باصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت زيلعي ومقتضى قوله والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف ان الراجح خلافه وبه صرح القهستاني حيث قال والاصح انه على قدر الانصباء بلا خلاف كما في المبسوط (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة ان الاجرة على الطالب الخ) لنفعه وضرر الممتنع كما في البرهان (قوله ويقدر القاضي أجر مثله) كيلا يطمع في أموالهم (قوله وفي الذخيرة يجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة أجرا) يعني اذا باشر القسمة بنفسه (قوله عدلا) لانه من جنس عمل القضاة عيني (قوله أمينا) لانه يعتمد على قوله فتشترط الامانة لتطمئن القلوب عيني ولو اقتصر على ذكر العدالة لاغناء عن ذكر الامانة لان العدالة تستلزمها ومن ثم اقتصر عليها في الوقاية حموي عن الشلبي (قوله عالما بالقسمة) أي بكيفيتها لانها من جنس عمل القضاة كما في الهداية وفي التعليل اشعار بان المراد بالوجوب في كلام المصنف الوجوب العرفي الذي مرجعه الى الاولوية لان ذلك غير واجب في القضاء قهستاني عن الاختيار والخزانة (قوله ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله درر (قوله ليستأجروه) وفي بعض النسخ يستأجروه وصوابه يستأجرونه كذا قيل وتعقب بان حذف نون الرفع لغير ناصب وجازم واجب اذا التقت مع نون التأكيد وجائز بكثرة مع نون الوقاية وجائز بقلة في غير ذلك كقوله عليه السلام لا تدخلوا الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا وما ذكره الشارح من هذا الثالث وفي كثير من النسخ يستأجرونه بالنون (قوله ولا يشترك القسام) بضم القاف جمع قاسم كما قاله العيني وكلام الشارح يفيده (قوله أي لا يترك القاضي القسام الخ) لئلا يتواطؤا على مغالاة الاجر فيؤدي الى الاضرار بالناس درر (قوله وعندهما يقسم بينهم) لان اليد دليل الملك لانه في أيديهم ولا منازع لهم فصار كالمنقول والمشترى ولا منكر لتقوم عليه البينة ويذكر في كتاب القسمة أنه قسم باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث به فأقام المدعي بينة فانها تقبل لانها تثبت الدين على الميت حتى يتقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض فلا حاجة الى قسمة بغير ثبوت والمشترى زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير الخ زيلعي واعلم ان قوله وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي يوهم صحة اقرار الوصي بالدين كاقرار الوارث به فلو قال كما قال الديري وكذا الوصي اذا أقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره لكان أولى (قوله ويقسم في المنقول الخ) سواء ادعوا شراءه أو ملكه أو ارثه درر عن صدر الشريعة ومن النقلي البناء والاشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وان تبدلت فلا جبر قاله شيخنا (قوله باقرارهم) اتفاقا كما يستفاد من سياق كلام الزيلعي لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة جعله مضمونا على القابض لانه ليس في القسمة قضاء على الغير وهو البائع لزوال ملكه بالبيع كما سبق (قوله وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الاصول الخ) لجواز ان يكون في ايديهم

وروى الحسن عن ابي حنيفة انه الاجرة على الطالب القسمة دون الممتنع وقالا عليهما ويقدر القاضي اجر مثله كاجر الكتاب وفي الذخيرة يجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة اجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ ولو اصطلحوا ولم يرفعوا الامر الى القاضي واقتسموا بأنفسهم برأيهم جاز الا اذا كان بينهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي ورأيه (ويجب ان يكون) القاسم (عدلا أمينا عالما بالقسمة ولا يتعين قاسم واحد) ليستأجروه دون غيره (ولا يشترك القسام) أي لا يترك القاضي القسام يشتركون في القسمة ولذا كان للقاضي ان يتولى الكل واحد منهم استبدأت بالقسمة بلا انتظار الآخر (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم) انه ميراث لهم من فلان مات (حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند ابي حنيفة وعندهما يقسم بينهم (و يقسم في المنقول) بين الورثة باقرارهم (و) يقسم في (العقار المشترى) أي لو حضر كل الشركاء عند القاضي وفي ايديهم عقار وادعوا انهم اشتروه تقسم بينهم باقرارهم وروى عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان القاضي لا يقسم العقار المشترى بينهم فيرى بين الشركاء والارث (ودعوى الملك) أي اذا احضروا وفي ايديهم عقار وادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم من ارث وبيع او غيره

والملك للغير والاول أصح عيني (قوله قسمه القاضي بينهم بقولهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير
فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم عيني (قوله وهذه رواية كتاب القسمة) من القدوري كما يعلم من الزيلعي
في الكلام على شرح قول المصنف ولو برهنا ان العقار الخ (قوله لم يقسمها حتى الخ) لاحتمال ان تكون
لغيرهما زيلعي (قوله ثم قيل هو الخ) أى المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة خاصة لان عنده
في الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل ان يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا
وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى شلبي عن الاتقاني (قوله وقيل هو قول الكل) وهو
الاصح لان القسمة تكون اما لحق الملك تتميما للمنفعة أو لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك
والثاني غير محتاج اليه لكونها محتسنة بنفسها زيلعي (قوله ولو برهنا ان العقار الخ) لاحتمال ان يكون
لغيرهما وهذه المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة وهي قوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك
ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط
ههنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك والا فتقع
المسئلة مكررة كذا ذكره العيني تبعا للزيلعي ونقل شيخنا عن المقدسي انه أجاب بحمل ماذكره في الجامع
الصغير على ما اذا ذكرا انه بأيديهما فقط و برهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف
الموضوع فلا يرد التكرار انتهى اذ لا يلزم من كون العقار في أيديهما ان يكون الملك لهما لاحتمال ان يكون
في أيديهما بطريق الاجارة أو العارية او الوديعة فتفترق احدى المسئلتين عن الاخرى ولا يبقى شبهة
في اختلاف جوابهما كذا بخط شيخنا أيضا عن عزمي زاده قال قلت انما اشترط اثبات الملك بالبرهان
في مسئلة الجامع الصغير ليزول احتمال كون الملك لغيرهما وهذا الاحتمال ثابت في المسئلة التي قبلها وهي
دعوى الملك فكان ينبغي اشتراط ثبوت الملك فيها بالبرهان أيضا ليزول هذا الاحتمال قلت انما لم يشترط
اثبات الملك في المسئلة الاولى لان الاصل في الاملاك ان تكون في يد الملاك اذ من في يده شئ يقبل قوله
انه ملكه مالم ينازعه غيره فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل بخلاف
مسئلة الجامع لانهما لما أعرضا عن ذكر الملك مع الحاجة الى بيانه اذ طلب القسمة من القاضي لا يكون
الا بالملك فلما سكتوا دل على ان الملك ليس لهم فتأ[ي]د الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة
البينة ليزول هذا الاحتمال كذا ذكره الدبري وقوله من في يده شئ الى قوله مالم ينازعه غيره ليس المراد
مجرد النزاع بل بقيد اقامة البينة والا كان القول لذي اليد (قوله والدار في أيديهم ومعهم) قيل انه سهو
والصواب في أيديهما ومعهما كما في بعض النسخ وأجيب بان المراد بالجمع التثنية على حد قوله تعالى
فقد صغت قلوبكما وتعقب بأن فيه لبسا بخلاف الآية والجواز عند امن اللبس وأقول القرينة على ارادة
التثنية ماسيأتي من انه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث الى هذا أشار في العناية حيث قال أطلق الجمع
وأراد المثنى لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا انه اذا كان
في يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم انتهى فدعوى اللبس ممنوعة (قوله قسم الدار) ولا بد من اقامة
البينة على أصل الميراث في هذه الصورة عنده أيضا بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب
والصغير وعندهما يقسم بينهم باقراره ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار
الحضور وان الغائب والصغير على حجته درر (قوله ونصب وكيل أو وصي الخ) نظرا للصغير والغائب
(قوله أى نصيب الصبي) يعني الحاضر اذ لو كان غائبا لا ينصب عنه وصيا لانه اذا كان غائبا لا تصح
الدعوى عليه فلم يتوجه الجواب عليه والوصي انما ينصب ليجيب خصمه نهاية وشرح المجمع لابن الضياء
لكن في الشرنبلالية عن المقدسي قال انه منقوض بالغائب البالغ وفي شرح الحموي انما ينصب وصيا
عن الصغير اذا كان الصغير حاضرا وأما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا بخلاف الكبير الغائب
على قول أبي يوسف فانه ينصب وصيا عن الغائب وتسمع البينة عليه وتقسم الدار كما في المفتاح انتهى

قسمه القاضي بينهم بقولهم دون البينة
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع
الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما
البينة انها في ايديهما وارادا القسمة
لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل
هو قول الكل وهو الاصح خلاف
المنقول حيث تجب قسمته (ولو برهنا
ان العقار في ايديهما لم يقسم حتى
برهنا انه لهما ولو) حضر وارثان
و(برهنا على الارث وعدد الورثة والدار
في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي
قسم) الدار (و) لكن (نصب وكيل)
بقبض نصيب الغائب (او وصي)
بقبض نصيبه) اي نصيب الصبي
(ولو كانوا) اي الذين حضروا عند
القاضي وفي ايديهم عقار (مشترين)
واقاموا البينة على الشراء (وغاب
احدهم

وأجيب عما ذكره في الشرنبلالية من النقض بأن اشتراط حضور الصغير للنصب خاص بما اذا كان الوارث الحاضر واحدا كما سيأتي لا فيما اذا كان الحاضر اثنين كما هنا وبذلك يحصل التوفيق وفي كلام الزيلعي من شرح قول المصنف أوحضر وارث واحد ما يشير الى ذلك ويوضحه ان نصب الوصي هنا انما هو لقبض نصيب الصغير لا لتصحيح الدعوى وجواز القسمة لان ذلك موجود قبل النصب بجعل أحد الوارثين الحاضرين خصما عن الميت والثاني خصما عن نفسه وعن سائر الورثة فلم يلزم القضاء على الغائب بخلاف ما اذا كان الحاضر واحدا انتهى (قوله أوكان العقار في يد الوارث) الغائب في المسئلة السابقة كما ذكره العيني وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه ولا فرق بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة يقسم زيلعي (قوله لم يقسم في المسائل الثلاث) أما عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلأنه ليس معه خصم وهو وان كان خصما عن نفسه فليس أحد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لوكان الحاضر من الورثة اثنين حيث يكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وأما اذا شروا وغاب أحدهم فللفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب أي بما باعه مورثه ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وأما الملك الثابت بالشراء للكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فحينئذ تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل وأما فيما اذا كان العقار مع الوارث الصغير والغائب أو شئ منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير الحاضر باخراج شئ مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما كذا في الدرر بحذف قوله أما في الاول وأما في الثاني وأما في الثالث لان متابعة صاحب الدرر عليه لا تستقيم بالنسبة لكلام الكنز لان الاول من كلام الدرر هو الثالث من كلام الكنز والثاني من كلام الدرر هو الاول من كلام الكنز والثالث من كلام الدرر هو الثاني من كلام الكنز ومنه تعلم الخلل في كلام السيد الحموي لان ماذكره بجملته كلام صاحب الدرر وان لم يعزه اليه فكان عليه ان لا يتابعه في ذلك أو يبدل الثاني بالاول والثالث بالثاني (قوله وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض وتجوز بالتراضي لان الحق لهم در ر بقي ان يقال ظاهر قول الشارح لم يقسم القاضي الا برضاهم ان القاضي يباشر القسمة في هذه الحالة وهو مخالف لما في الزيلعي حيث قال ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار واضاعة مال لانه حرام ولا يمنعهم الخ (قوله أي لا يطلب صاحب القليل) لانه لا فائدة له فهو متعنت (قوله وذكر الجصاص على عكس هذا) لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرر نفسه لكن قال الاتقاني ولنا في هذا النقل عن الجصاص نظر لانه ذكر في شرحه ماذكره الخصاف في أدب القاضي بعينه ولم يذكر خلافه وكذا في شرح الطحاوي ذكر ماذكره الخصاف ولم يذكر خلافه أيضا قال الحموي وأقول عدم ذكر الجصاص مانقل عنه فيما ذكر من الكتابين لا يقتضي عدم صحة نسبته اليه لجواز ان يكون ذكر ذلك في كتاب آخر او ذكر ذلك في الاملاء خصوصا والناقلون أئمة ثقات انتهى وأقول يؤيد كلام الاتقاني مانقله في حاشية الشلبي عن الولوالجي ان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير اتفاقا فلو كان للجصاص خلاف لما ادعى الاتفاق (قوله وذكر الحاكم الخ) قال في الخانية وهو اختيار خواهرزاده وعليه الفتوى وقال في الكافي ماذكره الخصاف أصح و في الذخيرة وعليه الفتوى كذا في الدرر فقد

اوكان العقار في يد الوارث الغائب) او يد الطفل (او حضر وارث واحد) وبرهن على الارث وعدد الورثة والدار في يده ومعه وارث غائب أو صبي (لم يقسم) في المسائل الثلاث (وقسم) المدعى المال المشترك (بطلب احدهم لو انتفع كل) أي كل واحد من الشركاء بنصيبه) بعد القسمة (وان تضرر الكل لم يقسم) القاضي (الا برضاهم) وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط) أي لا بطلب صاحب القليل كذا ذكره الخصاف رحمه الله وذكر الجصاص رحمه الله على عكس هذا وذكر الحاكم رحمه الله في مختصره ان أيهما طالب القسمة يقسم القاضي وماذكره الخصاف رحمه الله أصح

اختلف الترجيح قال في الدر لكن المتون على الاول فعليه المعول (قوله وتقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكنة عند اتحاد الجنس زيلعي (قوله ولا يقسم الجنسين) اذلا اختلاط بينهما أى لا يقسم القاضي الاجناس المختلفة قسمة جمع بان يجمع نصيب أحدهم في الابل والآخر في البقر لما في ذلك من تفويت جنس المنفعة على الآبي لان قبل القسمة كان له المنفعة في الجنسين جميعا وبعد القسمة فات منفعة أحدهما فلم تقع القسمة تمييزا بل معاوضة وهي لاتجوز الا بالتراضي فان قيل شرط صحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة قلت ذاك شرط الجبر عليها لاشرط للقسمة بالتراضي. ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة وتقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس ولا يقسم ثوبا واحدا الا ان الثوب الواحد قد يختلف طرفاه في الجودة والرداءة وقد يكون ذا علم حتى لو لم يكن كذلك قسمه وعلل في غاية البيان عدم جواز القسمة في الثوب الواحد بأن فيه اتلاف جزء منه قال فلا يجوز للقاضي فعله فان تراضيا لم يفعله القاضي أيضا لما فيه من اتلاف المال ولكنهما يقسمانه بأنفسهما وكذا لا يقسم الثوبين اذا اختلفا قيمة بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو جعل ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة للبعض دون البعض وذلك جائز هداية وشرحها للديري (قوله فيقسم كل مكيل وموزون الخ) بأن يجعل البعض لواحد والبعض الآخر للآخر لاتحاد المقصود فتقع تمييزا فللقاضي الجبر فيها (قوله والابل بانفرادها) فلا يجمع نصيب أحدهم في الابل خاصة ونصيب الآخر في الغنم خاصة قهستاني (قوله ولا يقسم شاة وبعيرا وثوبا وبرذونا وحمارا) كذا في نسخة شيخنا بخطه وفي النسخة التي كتب عليها السيد الحموي وقع العطف فيها باو فلهذا قال والصواب العطف بالواو قوله أو بعيرا الخ لان المراد انه لا يقسم ماذكر بالتداخل بأن يدخل بعض الجنس في الجنس الآخر (قوله ولا الجواهر مطلقا) الاطلاق في مقابلة التفصيل الآتي حموي أى لا يقسمها جبرا لفحش التفاوت فيها عيني ولان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ولو تزوج أو خالع على عبد يصح فأولى ان لا يجبر على القسمة درر (قوله والرقيق عند أبي حنيفة) أى لا يقسم الرقيق لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة فتعذر الافراز فلا يكون قسمة بل مبادلة ولا جبر فيها بخلاف سائر الحيوانات لقلة التفاوت عند اتحاد الجنس الاترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد حتى لو شترى شخصا على انه عبد فظهر انه أمة لم ينعقد البيع زيلعي وابن فرشته ثم الظاهر من اطلاق كلام المصنف والشارح انه لا جبر على قسمة الرقيق عند أبي حنيفة مطلقا سواء كان مع الرقيق شئ آخر تصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أولا وليس كذلك على الاظهر كما في الدرر على ان العيني ذكر أنه ان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (قوله وعندهما يقسم الرقيق) لان التفاوت في الجنس الواحد لايمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وللامام ان التفاوت في الرقيق فاحش لان منهم من يصلح للامانة و يعتمد على كلامه و يحسن التجارة وغيرهما من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشئ منها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لايختلف الا يسيرا فيغتفر في القسمة وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا ترد لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنائم و يقسم ثمنها بينهم بخلاف غير الغنائم اذ ليس له بيع ملك غيره الا باذنه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة زيلعي وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق ذكورا فقط اواناثا فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع عيني ولا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة ولا تقسم بالاوراق ولو برضاهم وكذا كتاب ذو مجلدات كثيرة ولو تراضيا ان تقوم الكتب و يأخذ كل بعضها بالقيمة جاز والا لا درر الجوهرة وفيه عن التتارخانية دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتهما تشاجرا فيه فقال أحدهما الا اكرى ولا أنتفع وقال الآخر أريد ذلك أمر القاضي بالمهاياة

(و) يقسم (القاضي) (العروض) حال كونها (من جنس واحد) جبرا (ولا) يقسم (الجنسين) جبرا فيقسم كل مكيل وموزون كثيرا أو قليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم بانفرادها ولا يقسم شاة و بعيرا او ثورا وبرذونا وحمارا (ولا) يقسم (الجواهر) مطلقا (والرقيق) عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم الرقيق وأما الجواهر كاللآلئ واليواقيت فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسمه وقيل لا يقسم الكبار منها

ويقسم الصغار (و) لا يقسم (الحمام والبئر والرحى) وكل مالا ينتفع به بعد القسمة (الابرضاهم) يتعلق بالمسائل الست (دورمشتركة اودار وضيعة اودار وحانوت قسم كل) واحد منها (على حدة) (على منلا مسكين) بينهم مطلقا سواء كانت الدور متلازقة أومتباينة في محلة اومحلتين في مصر اومصرين وقالا ان رأى القاضي قسمتها جملة بينهما هي الاصلح قسمها كذلك وقالا ان كانت الدور في مصرين لا يجتمعان في القسمة كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى أي يقسم احدى الدور حال كون احدى الدور في الاخرى وهي قسمة الجمع ثم بقي ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور عنده لا تقسم قسمة واحدة الابرضاهم سواء كانت متباينة اومتلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة اومتلازقة والمنازل ملحقة بالبيوت ان كانت متلازقة وبالدور ان كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك (ويصور القاسم مايقسمه) في قرطاس ليحفظه أوليرفع ذلك الى القاضي ويسويه (ويعدله) على سهامهم (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الاخرة ويصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع بشكل لبنة (ويفرز) أي يقطع (كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث) من أي طرف شاء مثلا اذا جعل الجانب الغربي اولا نجعل مايليه ثانيا ثم مايليه ثالثا الى الآخر (ويكتب اسماءهم) أي اسماء اصحاب السهام على القرعة (ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول) أي يعطى نصيبه من الجانب الغربي مثلا من العرصة اوالبناء الى ان يتم نصيبه (ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) أي يعطى نصيبه متصلا بالاول الى ان يتم سواء كانت الانصباء متساوية اومتفاوتة ثم ما بقي نصيب الثالث وطريقه ان يقسم المقسوم أقل الانصباء أن يجعل اثلاثا ان كان الاول ثلثا واسداسا ان كان سدسا لتسهل القسمة كما اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللآخر سدس فيجعل الجميع اسداسا ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث فان خرج اسم صاحب الثلث فله الجزآن من الاول وان خرج اسم صاحب النصف فله ثلاثة اجزاء من الاول وان خرج اسم صاحب السدس اولا فله الجزء الاول

ثم يقال لمن يريد الانتفاع ان شئت فانتفع وان شئت فاغلق الباب انتهى (قوله ويقسم الصغار) وقيل المتحد بالجنس كما في الهداية وفيه اشعار بأنه لا يقسم الدرة الواحدة لانه لا يقسم مايحتاج في قسمته الى كسر أوقطع أوشق يضره قهستاني عن المحيط (قوله الابرضاهم) أي برضا الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم عيني (قوله قسم كل واحد منها على حدة بينهم الخ) لان المقصود من الدور مختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب واحد منهم في دار الا بالتراضي وأما الدار والضيعة أوالدار والحانوت فلاختلاف الجنس زيلعي ولو اكتفى بما سبق من قوله ولا يقسم الجنسين لكان أخصر قهستاني فان قلت في الاكتفاء بقوله ولا يقسم الجنسين نظر بالنسبة للدور قلت أشار القهستاني الى انها وان اتحد جنسها لكنها في حكم الاجناس المختلفة على ان الزيلعي صرح بأنها أجناس مختلفة عند الامام (قوله وقالا ان كانت الدور الخ) الظاهر ان المراد بالجمع مافوق الواحد فلا يشكل بقوله لا يجتمعان (قوله لا يجتمعان في القسمة) أي لا يقسمان قسمة جمع والجملة جواب الشرط حموي وكان الظاهر ان يقول الشارح بدل قوله لا يجتمعان الخ لا يجمعان (قوله كما هو مذهبه) أي مذهب الامام يعني ان عدم قسمة الجمع فيما اذا كان الداران في مصرين محل اتفاق حموي ثم الاتفاق بالنسبة لما رواه هلال فلا ينافي ما سيأتي من قوله وعن محمد انه يقسم احداها في الاخرى الخ اذ سياق كلام الشارح يقتضي ان الدور في مصرين تقسم قسمة جمع على هذه الروايات (قوله ثم بقي ههنا ثلاثة فصول) صوابه فصلان لان فصل الدور قد تقدم حموي (قوله فالدور عنده لا تقسم قسمة واحدة) أي لا تقسم قسمة جمع بل قسمة فرد وقيل هذا النفي الاولوية لا لنفي الجواز قهستاني (قوله ويصور القاسم الخ) قال في العناية اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور مايقسمه أي يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (قوله ويعدله) بالدال المهملة أي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله بالزاي أي يقطعه بالقسمة عن غيره عيني (قوله ويذرعه) شامل للبناء لقول الزيلعي ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولابد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية ولابد من تقويم الارض وذرع البناء انتهى كذا في الشرنبلالية (قوله لحاجته اليه في الاخرة) بوزن فعلة ووقع في بعض النسخ في حق الاخرى والصواب هو الاول حموي (قوله ويفرز الخ) لتكمل المنفعة ولا يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر وهذا بيان الافضل وان لم يفرزه أولم يمكن جاز كذا في الزيلعي وغيره كالهداية وفيه تأمل مع ما سيأتي من قولهم وان قسم ولاحدهم مسيل أوطريق في ملك الآخر صرف عنه ان أمكن والا فسخت واعلم ان في طريق الدار والارض يكفي مرور رجل وثور ولا يشترط مرور الحمولة والعجلة قهستاني (قوله ويكتب أسماءهم) ويجعلها بطاقات وتطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها فاذا نشفت يدلكها ثم يجعلها في وعاء او في كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد عيني (قوله ويقرع) فان قلت تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام قلت لا نسلم فان الاستحقاق كان ثابتا قبلها وانما صير اليها التطييب قلوبهم كالقرعة بين النساء للسفر وللبداءة في القسم وهذا ليس بقمار وانما القمار اسم لما يأخذون به شيئا لم يكن لهم قبل ذلك لا مثل هذه فانها مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام عيني يعني في قوله تعالى وان يونس لمن المرسلين اذ أبق الى الفلك المشحون السفينة المملوءة حين غاضب قومه لما لم ينزل بهم العذاب الذي وعدهم به فركب السفينة فوقفت في لجة البحر فقال الملاحون هنا عبد آبق من سيده تظهره القرعة فساهم قارع أهل السفينة فكان من المدحضين المغلوبين بالقرعة فالقوه في البحر فالتقمه الحوت ابتلعه وهو مليم أي آت بما يلام عليه من ذهابه الى البحر وركوبه السفينة بلا اذن من ربه وقوله تعالى ذلك المذكور من أمر زكريا

ومريم من أنباء الغيب أخبار ماغاب عنك نوحيه اليك يا محمد وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم في الماء يقترعون ليظهر لهم أيهم يكفل يربي مريم وما كنت لديهم اذ يختصمون في كفالتها فتعرف ذلك فتخبر به وانما عرفته من جهة الوحي كذا بخط شيخنا عن الجلالين (قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم) لانه لا شركة فيها ولان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى وقول الزيلعي ولان الجنسين المشتركين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك يفيد عدم ادخال الدراهم في القسمة مطلقا سواء كانت الدراهم مشتركة أم لم تكن فتقييد الشارح بالدراهم التي ليست بمشتركة اتفاقي كتقييد التنوير بالدراهم التي ليست من التركة الى هذا أشار شيخنا (قوله الا برضاهم) فلو كان أرض وبناء ومنقول قسم بالقيمة عند الثاني وعند الثالث يرد من العرصة بمقابلة البناء فان بقي فضل ولا يمكن التسوية رد الفضل دراهم للضرورة واستحسنه في الاختيار در (قوله الا اذا تعذر الخ) بان لم تف العرصة بقيمة البناء (قوله ولاحدهم مسيل) أي محل لاسالة ماء المطر جوى (قوله صرف المسيل والطريق عنه) أي عن ملك الآخر ان امكن تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك عيني (قوله فسخت القسمة بالاجماع) لاختلالها فتستأنف على وجه يتمكن كل منهما ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا لان المقصود لا يتم باستطراق الغير في أرضه وتسييله ماء في أرض غيره (قوله ترك الممر الخ) جواب اذا اى فيكون حقا له في نصيب الآخر كما في الشرنبلالية (قوله سفل له علو) يعني بيت فوقه بيت وهما مشتركان بين اثنين عيني والسفل بضم السين وكسرها والسفول بالضم والسفال بالفتح والسفالة بالضم ضد العلو بضم العين وكسرها وبالضم والتشديد مختار صحاح (قوله وعلو مجرد الخ) فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة مع ان البيوت المتفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة اذا لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا في دار واحدة وان كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة لكن طلبا من القاضي المعادلة فعند ابي حنيفة القسمة على هذا الوجه جائزة ديري في التكملة (قوله وقسم بالقيمة) لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة عيني (قوله وعليه الفتوى) وبه قالت الثلاثة (قوله وعندهما يقسم بالذرع) لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع زيلعي وبيان ذلك في سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما ارادا قسمتهما يقسم البناء بالقيمة بلا خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبي حنيفة يحسب كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند أبي يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر فعند أبي حنيفة يحسب كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت التام بذراع من الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل شرنبلالية عن البدائع (قوله قيل أجاب كل منهم على عادة أهل زمانه) فالامام اجاب بناء على ماشاهده من عادة اهل الكوفة في اختيارهم السفل على العلو وأبو يوسف سوى بناء على عادة أهل بغداد ومحمد اجاب على ماشاهده من اختلاف العادة (قوله وقيل هو اختلاف على الدليل) فوجه قول الامام أن العلو يفوت بفوات السفل ولا يفوت السفل بفواته فتكون منفعة السفل ضعف منفعة العلو ووجه قول أبي يوسف أن المقصود منهما السكنى وهما متساويان فيها ووجه قول محمد أن منفعة السفل والعلو متفاوتة بحسب الاوقات ففي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل فتقسم بالقيمة ابن فرشته (قوله سواء كان باجر او بغير أجر) وسواء شهدا على

(ولا يدخل في القسمة الدراهم) التي ليست
مشتركة لجبر بها نقصان بعض الانصباء (الا
برضاهم) كما اذا كانت دار بين جماعة وفي بعضها
وفي نصيب واحد فضل بناء وأراد أحدهم ان
يكون عوض البناء دراهم وأراد آخر أن يكون
عوضه من الارض لا من الدراهم فانه لا يكلف
الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء
الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك (وان
قسم) بينهم (ولاحدهم مسيل او طريق في ملك
الآخر لم يشترط في القسمة صرف) المسيل
والطريق (عنه) أي عن ملك الآخر (ان
امكن والا) أي وان لم يمكن (فسخت القسمة)
قوله لم يشترط صفة لكل واحد من المسيل
والطريق وقيده لانه اذا شرط ترك الممر
والمسيل على حالهما (سفل له علو وسفل مجرد)
بان كان السفل مشتركا والعلو لغيرهما (وعلو
مجرد) بان كان العلو مشتركا والسفل لآخر
(قوم كل) واحد منها (على حدة وقسم بالقيمة)
ولا يعتبر بغير ذلك وهو والقسمة بالذراع وهذا
عند محمد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى كيفية
وعندهما يقسم بالذرع ثم اختلفا في كيفية القسمة
القسمة قال أبو حنيفة رحمه الله يحسب في
ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو
يوسف ذراع بذراع وقيل أجاب كل واحد منهم
على عادة أهل زمانه وأهل بلده وقيل هو
اختلاف على الدليل (وتقبل شهادة القاسمين)
مطلقا سواء كان بأجر او بغير أجر (ان اختلفوا)
أي اذا قسمت الدار والارض بين الورثة
او المشترين فأنكر بعضهم ان يكون استوفى
نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة
انه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما عندهما

القسمة لاغيرابتداء ثم قالا بعد ذلك نحن قسمنا أوشهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء على الصحيح كذا في الشرنبلالية عن التتارخانية قال وعلى هذا تقبل شهادة القبانين اذا كان المنكر حاضرا حال الوزن والتسليم كما في الفتاوى انتهى (قوله وعند محمد والشافعي لا تقبل) لانهما شهدا على فعل أنفسهما التصحيح تصرفهما فلا تقبل قلنا انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لاغير زيلعي (قوله وقال بعض المشايخ الخ) القائل هو الطحاوي واليه مال بعض المشايخ كما في الزيلعي (قوله لا تقبل بالاجماع الخ) لانهما ادعوا ايفاء عمل استؤجرا عليه فصارت شهادة صورة دعوى معنى وجوابه ان اجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على ايفاء العمل وهو التمييز فلم تجر لهما مغنما فلا تهمة زيلعي واختيار (قوله لوشهد قاسم وحده لا تقبل بالاجماع) لان شهادة الفرد غير حجة في الشرع وكذا أمين القاضي اذا أمره ان يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكره المدفوع اليه فالمأمور يصدق في البراءة لنفسه ولا يصدق على الآخر انه قبض لان قول الامين حجة دافعة غير ملزمة حموي عن البناية (قوله ولو ادعى أحدهم الخ) ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح حتى اذا أقام البينة له ان ينقض القسمة فلم تكن قسمته ابراء عن الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى فلم يكن الاقدام على القسمة اقرارا بعدم الدين درر وعزمي (قوله فلم تفسخ الا ببينة) فانه يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة عيني (قوله قالوا ينبغي ان لا تقبل دعواه الخ) في المبسوط والخانية ما يؤيد هذا وفي الذخيرة دعوى الغلط بعد سبق الاقرار باستيفاء الحق لا تسمع الا من حيث الغصب انتهى ووجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق حموي (تتمة) المقبوض بالقسمة الفاسدة كالقسمة على شرط بيع شئ من المقسوم اوغيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد وقيل لا وبه جزم في الاشباه وبالاول في البزازية والقنية تنوير وشرحه (قوله ان مما أصابه شيئا) وقع في النسخة التي كتب عليها السيد الحموي شئ بالرفع فلهذا قال صوابه نصب شئ كما هو ظاهر انتهى (قوله صدق خصمه بحلفه) أي ان لم يقم بينة لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر حموي (قوله تحالفا) لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن زيلعي (قوله ولو ظهر غبن الخ) بأن قال قيمة هذا ألف وأنتم قومتموه بالغبن حموي والظاهر أن يقال بأن قوم بالغبن فظهر ان قيمته ألف اذ المدار في فسخ القسمة على ظهور الغبن الفاحش لا على مجرد دعواه فتنبه (قوله وقيل اذا قسم الخ) عدم الفرق هو الاصح لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح الخلاصة ولو اقتسما دارا وأصاب كلا طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر فعليه البينة لانه مدع وان أقاماها فالعبرة لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وفسخت وكذا لو اختلفا في الحدود تنوير وشرحه واعلم ان ما في الدرر حيث قال وان كانت بالتراضي له أن يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح انتهى على حذف اداة الاستفهام فتقدير كلامه وان كانت بالتراضي هل له أن يبطل القسمة الخ فسقط اعتراض عزمي زاده عليه حيث قال الصواب ان يسقط قوله أن يبطل القسمة ويجعل جزاء الشرط قوله فقد قيل لا يلتفت الخ الى هذا أشار شيخنا تغمده الله برحمته (قوله ولو استحق بعض شائع في الكل الخ) ولو استحق بعض معين من نصيب كل واحد لا تفسخ بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على الآخر وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بحسابه كما اذا قسمت الدار نصفين واستحق من كل نصيب خمسة اذرع فلا رجوع وان استحق من أحدهما اربعة ومن الثاني ستة رجع الثاني على الاول بذراع ولو ظهر في التركة بعد القسمة دين تفسخ لان المحيط يمنع الملك

وعند محمد والشافعي لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما سواء وقال بعض المشايخ اذا قسما بأجر لا تقبل بالاجماع والاصح انه يقبل وانما قيد بقوله القسمين لانه لوشهد قاسم وحده لا تقبل بالاجماع (ولو ادّعى احدهم ان من نصيبه شيئا في يد صاحبه و) الحال انه (قد أقر) المدّعي (بالاستيفاء لم يصدق) فلم تفسخ (الا ببينة) وان لم تقم البينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدّعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما قالوا ينبغي ان لا تقبل دعواه أصلا لانه متناقض لانه أقر بالاستيفاء وانه عبارة عن قبض حقه كاملا فاذا زعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه يكون متناقضا مبطلا للدعوى والشهادة (وان قال استوفيت) انا حقي (و) لكن (اخذت) انت مني (بعضه) وانكر شريكه (صدق خصمه بحلفه) أي مع يمينه (وان لم يقر بالاستيفاء) وادّعى ان ذا حظه ولم يسلم) نصيبي (الي وكذبه شريكه) في مقدار النصيب (تحالفا وفسخت القسمة ولو ظهر غبن فاحش) بأن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين (في القسمة تفسخ) القسمة مطلقا سواء كانت القسمة بقضاء القاضي او بالتراضي كذا ذكره قاضيخان رحمه الله وقيل اذا قسم بالتراضي لا تفسخ وانما قيد بقوله فاحش لانه اذا كان يسيرا لا تفسخ كذا في الذخيرة (ولو استحق) بعد القسمة (بعض شائع من حظه) بأن كان نصف الدار في يده مثلا واستحق نصف ما في يده (رجع بقسطه) أي

والقليل يمنع التصرف الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين أو قضوا من مالهم أو ابرأ الغرماء الميت لزوال المانع ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة سمع لعدم المنافي لتعلق الدين بالمالية وقضاء حقه من محل آخر جائز فلا تناقض بخلاف دعوى العين حيث لا تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك كما في الزيلعي وفي البزازية ظهر دين أو وصية بالثلث أو بألف مرسلة أو وارث آخر بعد القسمة ترد وان قالت الورثة نؤدي الدين أو الوصية أو حصة الوارث من مالنا ولا ننقض القسمة ففيما اذا ظهر غريم أو موصى له بألف مرسلة لهم ذلك لان حقهما في المالية لا في العين وفيما اذا ظهر وارث أو موصى له بالثلث ليس لهم ذلك بل تنقض القسمة لتعلق حقهما بعين التركة الا اذا رضي الوارث أو الموصى له بذلك اه (قوله بربعه) فيه نظر اذ الواقع ان الدارين متساوية فباستحقاق الربع يكون لهما ثلاثة الارباع فلو رجع على شريكه بالربع يسلم له النصف وليس كذلك ولعل الصواب أن يقال رجع بثمنه و بيده الربع فيستويان ثم ظهر ان المراد الربع من حظ الشريك وهو ثمن واعلم ان المراد من قوله بربعه أي بربع قيمة ما أصابه كذا ذكره الحموي و يدل عليه قول المصنف ولا تفسخ القسمة وكذا يدل عليه قول الشارح وقال أبو يوسف تنتقض القسمة الخ (قوله لا تفسخ القسمة اجماعا) لان ماوراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق و يرجع على شريكه بحسابه زيلعي (قوله ولو تهايآ الخ) التهايؤ في اللغة ماذكره الشارح وفي الشرع قسمة المنافع و يجري جبر القاضي فيها كما في قسمة الاعيان الا أن القسمة أقوى في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد بخلاف المهايأة فانها على التعاقب ولهذا لو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة يرجح طالب القسمة ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة تفسخ وتقسم ولا يبطل التهايؤ بموتهما لانه لو بطل لاستأنفه الحاكم وجوازها استحسان والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة منفعة بجنسها الا ان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب أعني قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أي ان الانتفاع بين قوم صالح و بين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا مالم يرد النسخ و بالسنة اذ قد ورد عنه عليه السلام في غزوة بدر انه قسم كل بعير بين ثلاثة وكانوا يتهايؤن في الركوب وبالاجماع زيلعي وشلبي (تتمة) ذكر في الخانية ان المهايأة في الاملاك المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها مشروعة فلا يشترط لجوازها ذكر المدة وينفرد أحدهما بنقضها بعذر و بغير عذر في ظاهر الرواية و روى ابن سماعة عن محمد انه لا ينفرد احدهما بنقضها الا بعذر او بطلب قسمة عينها هذا اذا كانت المهايأة بغير أمر القاضي فان كانت بحكم الحاكم لا ينفرد أحدهما بنقضها مالم يصطلحا انتهى (قوله الهيئة الحالة الظاهرة) هذا هو الصواب و وقع في بعض النسخ الهيئة وهي الحالة وهو خلاف الصواب حموي (قوله بأن ينتفع هذا بهذا النصف الخ) حاصله ان التهايؤ اما من حيث المكان أو من حيث الزمان ففي الوجه الاول التهايؤ افراز من كل وجه ولهذا لا يشترط فيه التوقيت ولكل ان يستغل ما أصابه وان لم يشترطه لحدوث المنافع على ملكه وفي الوجه الثاني افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بالاتفاق يعني على احدهما لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلو اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداءة بينهما تطييبا للقلوب بهما و ينظر في قدر المدة حموي (قوله او خدمة عبد الخ) كذا تجوز المهايأة في خدمة الامة ففي الخانية لو كانت الجارية بين رجلين فخاف أحدهما عليها من الآخر في نوبته فان القاضي يأمرهما بالمهايأة ولا يضعها على يدي عدل لان في ذلك تعطيل المنفعة على يد احدهما الخ واعلم ان اصحابنا احتاطوا في أمر الفروج الا في هذه المسئلة (تتمة) اخبر القاضي ان فلانا يأتي جواريه في غير المأتي و يستعملهن في الغناء و يطأ زوجته في الحيض وأمته من غير استبراء لا يكون للقاضي عليه سبيل حموي عن التتارخانية

بربعه (في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وقال ابو يوسف تنتقض عند ابي حنيفة القسمة ومابقي في ايديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع ابي حنيفة وان استحق بعض معين لا تفسخ القسمة اجماعا ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ اتفاقا (ولو تهايآ) الهيئة الحالة الظاهرة والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته ان يتراضى الشركاء بان ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذلك بذلك النصف او هذا بكله في كذا من الزمان وذلك بكله في قدر مدته الاول (في سكنى دار او دارين أو خدمة عبد) واحد

(قوله

(قوله اوعبدين) كذا تجوز المهايأة فى خدمة عبد وأمة كما فى الخانية فان شرطا طعام كل عبد على من يخدمه جاز وفى الكسوة لايجوز لان العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرته فى الكسوة فان وقتا شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لانه عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل كذا فى الاختيار ولو سكتا عن ذكر الطعام يجب على كل طعام الخادم الذى شرط له فى المهايأة حموى عن التتارخانية ولو تهايآ فى عبدين استخداما فمات أحدهما او ابق انتقضت المهايأة ولو استخدم الشهر كله الا ثلاثة أيام نقص الآخر من شهره ثلاثة أيام بخلاف ما اذا استخدم الشهر كله و زاد ثلاثة أيام ولو أبق احدهما الشهر كله صح واستخدم الآخر فلا ضمان ولا اجر ولو عطب أحد الخادمين فى خدمة من شرط له خدمته لم يضمن كما لو انهدم بيت بسكنى من شرط له حموى عن التتارخانية (تتمة) طلب احدهما المهايأة فى خدمة العبد الواحد وأبى الآخر يجبر بالاجماع وكذا فى العبدين يجبر الآبى على الاصح ذكره الزيلعى فما فى الخانية من التفرقة بين العبد والعبدين خلاف الاصح (قوله اوغلة دار) ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة احدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقا للتعادل وعليه الفتوى كما فى الخانية بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز أيضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء بخلاف الدار الواحدة لتعاقب وصول المنفعة فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل عينى (قوله ولو تهايآ فى غلة عبد الخ) اما عدم الصحة فى غلة العبد الواحد أو البغل الواحد فلان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف المهايأة فى استغلال دار واحدة حيث تجوز فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير فى العقار فافترقا واما فى عبدين أو بغلين فلان التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لانها تقسم وأما فى ركوب بغل أو بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضى عليه وأما فى ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ يختص بالمنافع دون الاعيان لتحقق الضرورة فى المنافع لعدم قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها بخلاف الاعيان والحيلة فى الثمار ونحوها ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع الكل بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع يجوز درر وعينى وكذا لاتجوز المهايأة فى غير اللبن كالصوف والغنم كما فى الخانية ونصها اذا تهايآ على ان يكون ولد الغنم ولبنها وصوفها سنة لهذا وسنة للآخر لايجوز ويكون ذلك بينهما ولا يحل فضل اللبن والصوف والثمر اذا جعل كل واحد منهما صاحبه فى حل ان كان اللبن والصوف والثمر قائما وأما ان كان مستهلكا برئ لانه اذا جعله فى حل والفضل قائم كان ذلك هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وبعد الاستهلاك يكون ابراء عن الضمان انتهى (قوله اولبن غنم) بخلاف ما لو تهايآ فى لبن أمتين بينهما على ان ترضع احداهما ولده والاخرى ولد الآخر حيث يجوز لان لبن بنى آدم يجرى مجرى المنافع لعدم تقومه كما فى العينى (قوله خلافا لهما) لان القاضى يقسم الحيوان جبرا فكذا منافعه وبه ولهما ان الركوب يتفاوت بين احذق واخرق فلا تتحقق التسوية وحكم الغلة كالركوب حموى (قوله فى ثنتين لا يصح اتفاقا) هما ما لو تهايآ فى غلة عبد او غلة بغل حموى (قوله وفى ستة يصح اتفاقا) وهى ما لو تهايآ فى سكنى دار او دارين أو خدمة عبد أو عبدين أوغلة دار او دارين حموى (قوله وفى اربعة خلاف) وهى ما لو تهايآ فى غلة عبدين أوغلة بغلين أو ركوب بغل أو ركوب بغلين لا يصح عند ابى حنيفة وعندهما يصح حموى (فروع) المشترك اذا انهدم فأبى احدهما العمارة ان احتمل القسمة لا جبر ويقسم والا بنى ثم أجره ليرجع بما انفق لو بأمر القاضى والا فبقيمة البناء له التصرف فى ملكه

(اوعبدين اوغلة دار أودارين صح)
استحسانا اتفاقا (و) لو تهايآ (فى غلة
عبد اوعبدين او بغل او بغلين او
ركوب بغل او بغلين اوثمرة شجرة اولبن
غنم لا) أى لو تهايآ فى غلة عبد اوغلة
بغل لايصح اتفاقا ولو تهايآ فى غلة
عبدين اوغلة بغلين اوركوب بغل او
بغلين لايصح عند ابى حنيفة خلافا
لهما فهذه المسائل غير الثمر واللبن
ثنتا عشرة مسئلة فى ثنتين لا يصح اتفاقا
وفى ستة يصح اتفاقا وفى اربعة خلاف
والله أعلم

وان تضرر جاره في ظاهر الرواية اشباه وفي المجتبي وبه يفتي وفي السراجية الفتوى على المنع قال المصنف فقد اختلف الافتاء وينبغي ان يعول على ظاهر الرواية كذا في الدر واقول الذي في حفظي من الترجيح هو التفصيل بأن يقال ان كان الضرر بينا فالفتوى على المنع والافلا والضرر البين هو ما لا يمكن ان يحترز عنه وكثيرا ما افتى بهذا شيخنا فليكن هذا هو التوفيق بين ما في المجتبي والسراجية

(كتاب المزارعة)*

(قوله ان المزارعة الخ) اولان الخارج بها يقع فيه القسمة او ان بعد قسمة الارض يحتاج اليها حموي (قوله فلهذا أخرها) لان العام مقدم على الخاص كما في الجنس مع الفصل حتى استقبحوا في الحدود تقديم الفصل على الجنس حموي (قوله وهو الانبات) لو قال كالعيني وهو القاء الحب في الارض لكان اولى (قوله والمفاعلة تجري بين اثنين) فيه ايماء الى ما ذكره في البدائع من ان المفاعلة على بابها لان الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا ولا نبات المتصور من العبد هو التسبب في حصول النبات وفعل التسبب وجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في الاصول وهذا هو أحد الوجهين في الجواب عما قيل كيف يسمى هذا العقد مزارعة مع ان الزرع انما يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى مزارعا دون رب الارض والبذر والوجه الثاني ان يقال ان المفاعلة قد تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة مع ان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج فكذلك المزارعة لكن قال السيد الحموي لا حاجة الى هذا كله فان لفظ المزارعة نقله الفقهاء وجعلوه علما على هذا العقد المتعلق بالزرع فصار المقصود منه المعنى العلمي دون المعنى الاصلي فتدبر (قوله كالمضاربة) فانه يراد بها العقد الذي يجري بين رب المال والعامل لا حقيقة الضرب فان الضرب يوجد من المضارب (قوله هي عقد على الزرع الخ) والزرع طرح الزرعة بالضم وهي البذر وموضعه المزرعة مثلثة الراء كما في القاموس الا انه مجاز حقيقته الانبات ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يقولن احدكم زرعت بل طرحت أي طرحت البزر كما في الكشاف وغيره قهستاني (قوله ببعض الخارج) ولم ينتقض بما اذا كان الخارج كله لرب الارض او العامل فانه ليس مزارعة بل الاول استعانة بالعامل والثاني اعارة من المالك كما في الذخيرة قهستاني (قوله خلافا لابي حنيفة) لحديث رافع بن خديج انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة درر ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان زيلعي والتقييد بالربع او الثلث لبيان محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع عناية وخبير بوزن صديق وخبار كسحاب عزمي وما في الزيلعي من قوله ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله اولى مما في الدرر من انها استئجار أرض ببعض ما يخرج من عمله لشموله استئجار الارض والعامل كذا ذكره شيخنا (قوله والفتوى على قولهما) لانه عليه السلام دفع نخيل خيبر الى أهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وتليه عمل الصحابة والتابعين الى يومنا هذا وبمثله يترك خبر الواحد والقياس درر والجواب من الامام ان معاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح بدليل انه عليه السلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها وفرع الامام مسائل المزارعة على قول من جوزها لعلمه ان الناس لا يأخذون بقوله شرنبلالية عن الخانية (قوله بشرط صلاحية الارض) للزراعة ليحصل

المقصود

(كتاب المزارعة) المناسبة بين الكتابين ان المزارعة شرعت لتحصيل منفعة الماء وهي النماء كما ان القسمة شرعت لذلك الا ان القسمة اعم لانها تجري في العقار وغيره والمزارعة تختص بالاراضي فلهذا أخرها عن القسمة ثم هي مفاعلة من الزرع وهو الانبات لغة والمفاعلة تجري بين اثنين كالمضاربة وفي الشرع (هي عقد على الزرع ببعض الخارج وتصح عندهما) خلافا لابي حنيفة والفتوى على قولهما (بشرط صلاحية الارض للزراعة

المقصود واعلم ان اشتراط صلاحية الارض يغني عن اشتراط علم المزارع بالارض فان الرضا بدونه لا يتم قهستاني عن التتمة قال واستحسن المشايخ جوازها بمجرد قول المزارع اعمل انا في ارضك مزارعة ورضى الآخر بذلك فان العرف كاف كما في الجواهر انتهى (قوله واهلية العاقدين) اذ لا صحة لعقد ما بدونها لكن نقل السيد الحموي عن المقدسي انه ينبغي ترك هذا الشرط لعمومه اذ العادة قاضية بذكر الشروط الخاصة بالشيء لا العامة له ولغيره (قوله بشرط ان يكون رب الارض والمزارع الخ) فالمزارع آخذ الارض لا دافعها وان جاز ان يطلق عليه أيضا كما في الطلبة قهستاني (قوله بالغا) في كون البلوغ شرطا نظر حموي (قوله حتى لو بينا مدة لا يتمكن فيها من الزراعة لا يجوز) وكذا اذا بينا مدة لا يعيش احدهما الى مثلها عادة در عن الذخيرة لان فيه شرط بقاء العقد بعد الموت حموي واعلم انه قد اختلف الافتاء فمنهم من افتى باشتراط بيان المدة كما في الواقعات ومنهم من افتى برواية ابن سلمة انه لا يشترط ويقع على سنة واحدة كما في الصغرى وبه أخذ الفقيه كما في القهستاني وجزم به في الدر رمعزيا للمجتبى والبزازية قال واقره المصنف انتهى والمراد من انها تقع على سنة واحدة أى على أول زرع يكون في تلك السنة كما في الشرنبلالية (قوله وبيان رب البذر) لان المعقود عليه يختلف باختلاف رب البذر فان كان البذر من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة العامل فلابد من بيان من عليه البذر ولو دلالة لان جهالته تفضي الى النزاع بأن قال دفعتها اليك لتزرعها لي وقال استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج فهذا يبين ان البذر من صاحب الارض وان قال له لتزرعها لنفسك تبين ان البذر من العامل درر وحاشيتها وحكى عن ائمة بلخ ان بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر اما مع العرف فلا يشترط شلبي عن الاتقاني (قوله وجنسه) اذ لا بد من بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر درر ولان بعضه اضر بالارض فان لم يبين وكان من رب الارض جاز ولو من العامل لا الا اذا عمم بان قال تزرع ما بدا لك والا فسدت فان زرعها تنقلب جائزة وان شرط أن يزرع شيئا فزرع خلافه كان مخالفا وان لم يكن اضر بالارض بخلاف الاجارة والفرق ان الاجرة هنا بعض الخارج وفي الاجارة دراهم حموي عن الظهيرية وغاية البيان ولا يشترط بيان مقدار البذر لعلمه باعلام الارض در (قوله وبيان حظ الآخر) أي لا بد من بيان حظ من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد من بيانه اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد درر فان ذكر قسطه ولم يذكر قسط صاحب البذر جازت بالاتفاق قهستاني (قوله وشرط التخلية بين الارض والعامل) هذا هو الصواب خلافا لما في الدرر من قوله والتخلية بين صاحب الارض والعامل ولهذا تعقبه عزمي بأن الصواب اسقاط لفظ صاحب لان التخلية في اصطلاحهم رفع الموانع بين شخص ومكان من شأنه ان يقبض فلا تتصور بين شخصين قال القهستاني ويجب ان يقول رب الارض سلمت اليك هذه الارض وهذا شرط لم يذكر في الكتاب كما في تتمة الواقعات انتهى (قوله وبشرط الشركة في الخارج من الارض عند حصوله) لانه ينعقد اجارة ابتداء وكل شرط يؤدي الى قطع الشركة في الخارج يكون مفسدا للعقد درر ثم اشتراط الشركة في الخارج مستدرك لانه يستغنى عنه بما سبق من قوله وبيان حظ الآخر شرنبلالية (قوله والعمل والبقر لآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل للعمل والبقر آلة العمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه درر أى بابرة ذلك الخياط (قوله أو تكون الارض لواحد الخ) لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها بأجر معلوم من الدراهم أو الدنانير صح وكذا اذا استأجرها بذلك درر (قوله أو يكون العمل لواحد الخ) لان صاحب الارض استعمل العامل ليعمل بآلة المستأجر فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب درر (قوله فان كانت الارض والبقر لواحد الخ) وجه الفساد ان رب البذر استأجر الارض والبقر بجزء من الخارج مقصودا وذلك لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعتها قوة في طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة

واهلية العاقدين) يعنى بشرط ان
يكون رب الارض والمزارع
عاقلا بالغا (وبيان المدة) لان
العقد يرد على منفعة الارض ان كان
البذر من قبل العامل او على منفعة
العامل ان كان البذر من قبل رب
الارض والمراد بالمدة مدة يتمكن فيها
من الزراعة حتى لو بينا مدة لا يتمكن
من الزراعة فيها لا يجوز (و) بيان
(رب البذر وجنسه) وقال الفقيه
ابو بكر البلخي تجوز المزارعة بدون
بيان رب البذر (و) بيان (حظ
الآخر) و) بشرط (التخلية بين الارض
والعامل) حتى اذا شرطا في العقد
ما تزول به التخلية وهو عمل رب
الارض مع العامل لا يصح العقد
(و) بشرط (الشركة في الخارج) من
الارض عند حصوله (و) بشرط (ان
يكون الارض والبذر لواحد والعمل
والبقر لآخر او يكون الارض لواحد
والباقي لآخر او يكون العمل لواحد
والباقي لآخر فان كانت الارض
والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر